Der Begriff der Identität der Tat

im geltenden deutschen Strafprozeßrecht

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Hohen Juristenfakultät der Universität zu München

eingereicht

von

Keetsin Liu

aus Kiangsi (China)

BRESLAU 1927.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Franck & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.

Diss. München

1927.

Der Begriff der Identität der Tat

im geltenden deutschen Strafprozeßrecht

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Hohen Juristenfakultät der Universität zu München

eingereicht
von

Keetsin Liu
aus Kiangsi (China)

BRESLAU 1927.
SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG
(Franck & Weigert)
Inhaber: A. Kurtze.

*1560

Referent: Geheimrat Prof. Dr. Ernst v. Beling.

Korreferent: Geheimrat Prof. Dr. Reinhold v. Frank.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

I. Kapitel.

§ 1. Gegenstand der Untersuchung. 1

§ 2. Kann die Frage nach der Identität der Tat nach Lage des einzelnen Falles beantwortet werden? 4

§ 3. Identität des historischen Vorkommnisses? 8

§ 4. Der Vorstellungsgegenstand Tat. Identität des (hypothetisch) angenommenen Vorkommnisses oder der angenommenen Tat? . . 12

II. Kapitel.

§ 5. Vom Prozeßgegenstand und vom Urteilsgegenstand. . . . 36

§ 6. Der Prozeßistgegenstand und der Urteilsistgegenstand. Ist Identität der Tat im strafprozessualen Sinne gleichbedeutend mit Identität eines dieser Gegenstände? 43

§ 7. Vom Prozeßsollgegenstand. 46

§ 8. Vom Entscheidungssollgegenstand. 50

III. Kapitel.

§ 9. Über die Beziehung der Tat als Gegenstand der Klage und des Eröffnungsbeschlusses einerseits und der Tat als Urteilssollgegenstand andererseits. Identität des durch Klage und Eröffnungsbeschluß dem Gerichte aufgegebenen Gegenstandes mit dem Sachurteilssollgegenstand. 53

§ 10. Der Begriff: Identität der Tat im Verhältnis zu einer materiell rechtskräftigen Entscheidung einerseits und einer weiteren Strafverfolgung andererseits. 78

IV. Kapitel.

§ 11. Einige Fälle als Beispiele. 84

§ 12. Schlußwort. 89

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548312_0038

Verzeichnis der benützten Schriften.

von Bar, L., Recht und Beweis im Geschworenengericht, Hannover 1865.

Barbarino, Otto, Die Rechtskraft des Strafurteils und ihre Wirkungen, Würzburger Diss. 1902.

Beling, Ernst, Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906.

Beling, Ernst, Fälle aus dem Strafprozeßrecht, 4. Aufl., Tübingen 1920.

Beling, Ernst, Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, Augsburg 1923.

Beling, Ernst, Revolution und Recht, Augsburg 1923.

Beling, Ernst, Strafprozeßrecht, in Holtzendorff-Kohlers Enz. d. Rechtsw., 1914.

Beling, Ernst, Wechselnde Meinung über Tateinheit und Tatenmehrheit in den verschiedenen Prozeßabschnitten, im Archiv für Militärrecht Bd. 2, 1910/11. S. 337 ff.

Bennecke, Hans, Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozeßrechts, Breslau 1895.

Bennecke und Beling, Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozeßrechts, Breslau 1900.

Berner, Albert Friedrich, Non bis in idem, in Goltdammers Archiv, Band 3, 1855, S. 472 ff.

Berner, Max, Der Grundsatz des ne bis in idem im Strafprozeß, Leipzig 1891.

Binding, Karl, Das rechtskräftige Strafurteil in seinen strafprozessualen, strafrechtlichen und staatsrechtlichen Wirkungen, im Sächsischen Archiv für Rechtspflege, herausgegeben v. Degen, 9. Jahrg. 1914.

Binding, Karl, Grundriß des deutschen Strafprozeßrechts, 4. Aufl. Leipzig 1899.

Binding, Karl, Handbuch des Strafrechts, Leipzig 1885.

Binding, Karl, Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, München und Leipzig 1915.

Birckel, Paul, Die Identität der Tat im Strafrecht, Freiburger Diss. 1906.

Birkmeyer, Karl, Deutsches Strafprozeßrecht, Berlin 1898.

Bokshammer, Richard, Über die Anwendung des Grundsatzes Ne bis in idem auf dem Gebiete des fortgesetzten und Kollektivdelikts, Stuttgarter Diss. 1896.

Borgmann, Fritz, Die Identität der Tat, Göttinger Diss. 1891.

Doerr, Friedrich, Das fortgesetzte Delikt, Stuttgart, 1908.

Graf zu Dohna, Alexander, Das Strafverfahren, 2. Aufl., Berlin 1925.

Emge, C. A., Das Moment der Neuheit in § 950 BGB., im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 113, 1915., S. 49 ff.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts.

Entscheidungen des bayrischen obersten Landesgerichts.

Eichhorn, G., Non bis in idem und das Reichsgericht, im Gerichtssaal Bd. 38, 1885, S. 401 ff.

Fischer, Otto, Das Problem der Identität und der Neuheit mit besonderer Berücksichtigung der Spezifikation, in der Festgabe der Juristenfakultät zu Breslau für Rudolph v. Jhering, Breslau 1892.

Fischer, Otto, Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses und Konkursrechts, Berlin 1918.

Frank, Reinhard, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 15. Aufl., Tübingen 1924.

Geyer, August, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozeßrechts, Leipzig 1880.

Glaser, Julius, Das Verhältnis des Urteils zur Strafklage, im Gerichtssaal Band 36, 1884, S. 81 ff.

Glaser, Julius, Der Verbrauch der Strafklage nach deutschem Strafprozeßrecht, in Grünhuts Zeitschrift Bd. 12, 1884, S. 303 ff.

Glaser, Julius, Handbuch des Strafprozeßrechts, Leipzig 1883/1886, in Bindings systematischem Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft.

Glaser, Julius, Kleine Schriften über Strafrecht und Strafprozeß, 2. Aufl. Wien 1883.

Grünhut, Max, Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht, 1926.

Hahn, Die gesamten Materialien zur Strafprozeßordnung, 1880/81.

Hasenbalg, H., Zur Strafprozeßordnung, Von der Erhebung der öffentlichen Klage und ihrer Konsumtion durch richterliches Urteil, Hannover 1854.

Hefftter, August Wilhelm, Non bis in idem, Berlin 1873.

Herschel, Johannes, Die Rechtskraft der strafprozessualen Entscheidungen über Einziehung und Unbrauchbarmachung, Breslauer Diss. 1899.

Höfler, Alois, Logik, Wien, 1922.

Holtzendorff, Fr. v., Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts, Berlin 1879.

Holtzendorff, Fr. v., Rechtslexikon, Leipzig 1881.

Honig, Richard, Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit, 1925.

John, Strafprozeßordnung für das deutsche Reich, 1884.

Kries, August von, Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, Freiburg i. B. 1892.

Küssner, Non bis in idem, in Goltdammers Archiv Bd. 3, 1855. S. 198 ff.

Lang, Franz, Die Rechtshängigkeit im Strafverfahren, in den Würzburger Abhandl. zum deutschen und ausländ. Prozeßrecht, Heft 3, Leipzig 1910.

Levy, Ernst, Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht, Berlin Bd. I. 1918, Bd. II 1922.

Löwe, E., Die Strafprozeßordnung für das deutsche Reich. Kommentar, 16. Aufl. v. Werner Rosenberg, Berlin und Leipzig 1925.

Meinong, Über die Erfahrungsgrundlagen unseres Wissens, Abhandlungen zur Didaktik und Philosophie der Naturwissenschaft, Berlin 1906.

Mally, Ernst, Gegenstandstheoretische Grundlagen der Logik und Logistik, in der Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik, Ergänzungsheft zu Bd. 148, Leipzig 1912.

Meyer, Karl, Über die Einrede der Rechtshängigkeit im Strafprozesse, in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung 68. Bd., 1903, S. 129 ff.

Mittermaier, C. J. A., Das Deutsche Strafverfahren, Heidelberg 1845/46.

Mittermaier, Über die Bedeutung des auf Nichtschuldig lautenden Wahrspruchs der Geschworenen und seine Wirkung in Bezug auf die Erhebung einer neuen gerichtlichen Verfolgung, im Archiv des Kriminalrechts, Neue Folge, Jahrg. 1850, S. 497 ff.

Mittermaier, W., Gutachten über § 300 RStGB., Zeitschr. f. d. ges. Str.Wiss., Bd. 21, 1901, S. 197 ff., bes. 230 ff.

Mommsen, Theodor, Römisches Strafrecht, Leipzig 1899.

Oetloff, Hermann, Ne bis in idem. Ein Rechtsprechungskonflikt in Thüringen, in Goltdammers Archiv. 26. Bd. 1878.

Oetker, Friedrich, Strafprozeßbegründung und Strafklagerhebung bei Erlaß und bei Wegfall eines Eröffnungsbeschlusses, in der Festgabe der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät Würzburg für Heinrich Dernburg, Leipzig 1900, S. 77 ff.

Oetker, Friedrich, Wirksamkeit der Entscheidungen, Präklusion von Beschwerden, Einstellungsbeschluß und Rechtshängigkeit, in den Würzburger Abhandl. z. deutschen und ausländischen Prozeßrecht Heft 2, Leipzig 1910.

Pfitzner, G., Ne bis in idem! Ein Rechtsfall, im Gerichtssaal Bd. 40, 1887-88, S. 335 ff.

Planck, Jul. Wilh., Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrecht, Göttingen 1844.

Planck, Jul. Wilh., Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens auf Grundlage der neueren Strafprozeßordnungen, Göttingen 1857.

Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen.

Reiffel, Ne bis in idem, in Goltdammers Archiv Bd. 44, 1896, S. 129 ff.

Riezler, Erwin, Apriorisches im Recht, im Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. 17, 1923—1924.

Rosenfeld, Ernst Heinrich, Der Reichsstrafprozeß, Berlin, 1912.

Sauer, Wilhelm, Grundlagen des Prozeßrechts, Stuttgart 1919.

Schanze, Die Rechtskraft des Strafurteils, in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 4, 1884, S. 437 ff.

Schaub, Karl, Der Begriff der Gewerbsmäßigkeit im deutschen Reichsrechte, insbesondere im geltenden Reichsstrafrechte, Marburger Diss. 1905.

Sokolowski, Paul, Die Philosophie im Privatrecht, Halle a. S. 1902.

Twardowski, Kasimir, Zur Lehre vom Inhalt und Gegenstand der Vorstellungen, Wien 1894.

Ullmann, Emanuel, Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, München 1893.

Wenger, Leopold, Institutionen des römischen Zivilprozeßrechts, München, 1925.

Wlassak, Moritz, Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer, Wien 1917, Sitzungsberichte der Akad. der Wiss., Wien Bd. 184, 1918.

Wlassak, Moritz, Anklage und Streitbefestigung, Abwehr gegen Philipp Lotmar, Sitzungsberichte der Akad. der Wiss., Wien Bd. 194, 1920.

Zachariae, Heinrich Albert, Handbuch des Deutschen Strafprozesses, Göttingen 1861/68.

Ziehen, Th., Lehrbuch der Logik auf positivistischer Grundlage, Bonn 1920.

I. Kapitel.

§ 1. Gegenstand der Untersuchung.

Probleme der Identität gibt es sowohl im materiellen Strafrecht wie auch im Strafprozeßrecht. Im materiellen Strafrecht, denn bei Identität der Handlung vor allem ist, wenn mehrere Gesetze „verletzt" sind, ideale (StGB. § 73 „. . . eine und dieselbe Handlung . . ."), bei Mehrheit von Handlungen reale Konkurrenz gegeben. Im Strafprozeßrecht ist es die „Identität der Tat", welche im Vordergrund des Interesses steht. Zwar gibt es in dieser Rechtsdisziplin außer der „Tat" noch manches andere, dessen Identität erheblich ist — man denke z. B. nur an die Identität des Gerichts, welche die §§ 7 ff. erfordern, an das Verbot der Identität bestimmter Richter, welches § 23 enthält — doch handelt es sich hier um Fälle, in welchen die Identität wohl nie ein Problem darstellt. Die Identität begegnet ja überall; im kognitiven wie im emotionalen Denken ist sie von größter Bedeutung; nur kommt uns ihre Bedeutung, weil es sich um Selbstverständliches handelt, weit weniger oft voll zum Bewußtsein.

„Identität" ist im Strafprozeß namentlich erforderlich hinsichtlich der Tat als Gegenstand der Anklage und des Eröffnungsbeschlusses einerseits und der Tat als Gegenstand der Urteilsfindung andererseits. Das besagt § 264 Abs. 1 StPO. ausdrücklich, welcher freilich den Eröffnungsbeschluß nicht erwähnt, sicher aber meint.[1]) „Identität" darf in der Regel nicht bestehen hinsichtlich der Tat als Gegenstand einer materiell rechtskräftigen Entscheidung einerseits und der Tat als Gegenstand einer späteren

[1]) S. Ben.-Beling S. 531.

Strafverfolgung andererseits (ne bis in idem). Die Geltung des Satzes „ne bis in idem" im deutschen Strafprozeßrecht ist allgemein anerkannt.[2])

Ob schon die Rechtshängigkeit der Strafklage die Unzulässigkeit einer anderen Strafverfolgung mit „demselben" Gegenstand während des Schwebens des ersten Verfahrens zur Folge hat, bildet eine Streitfrage.

Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich auf den Begriff der Identität der Tat im Strafprozeßrecht, auf die Frage: was bedeutet Identität der Tat, was ist unter Identität der Tat zu verstehen? Die Rechtsfolgen der Identität der Tat werden nicht erörtert. Zur Darstellung gelangt also nicht der Satz: ne bis in idem; noch weniger soll erörtert werden, welche Entscheidungen die Rechtsfolge nach sich ziehen, die man als ne bis in idem bezeichnet; also namentlich die — oft erörterte — Frage, ob dies für den Strafbefehl und die polizeiliche Strafverfügung gelte oder nicht. Es werden überhaupt nicht jene Prozeßrechtssätze erörtert, welche irgendwie den Begriff Identität der Tat enthalten, sondern es wird vielmehr nur dieser Begriff erörtert, welchen sie enthalten; dieser Begriff ist nur ein Bestandteil jener Rechtssätze. Was meinen jene Rechtssätze, wenn sie von einer und derselben Tat im Gegensatz zu mehreren Taten sprechen?

Das schließt natürlich nicht aus, daß jene Rechtssätze gelegentlich zum Gegenstand der Betrachtung gemacht werden. Aber diese

---

[2]) Sowohl in der Theorie als auch in der Praxis. Man stützt sich auf die Motive zur StPO., auf die Paragraphen über die Wiederaufnahme des Verfahrens und auf StGB. § 5 Z. 1. Vergl. z. B. RGSt. 2 S. 348; 3 S. 133, 386; 7 S. 356, 440; 8 S. 137; 11 S. 130; 18 S. 272; 25 S. 28; 34 S. 166; 35 S. 369, 370; 56 S. 166, 351. S. Ben.-Beling S. 408, v. Kries S. 594, Löwe S. 359, Bay. Oberst. LGST. 1 S. 57, 100; 2 S. 60, 120, 378. S. a. Eichhorn im Ger.S. Bd. 38 S. 405.

Vergl. auch die Motive der StPO. (zu § 223 des Entwurfs). — Das Reichsgericht zieht die Grenzen des Umfangs des Satzes sehr weit; der Satz ist „in vollstem Umfang maßgebend" (RGSt. 3 S. 386); „In unbestrittener umfassender Geltung" (RGSt. 8 S. 137) dazu Eichhorn a. a. O. S. 401: „. . . und es muß als eigentümlich gleich vorweg hervorgehoben werden, daß fast in allen Fällen der oberste Gerichtshof eine von den Unterinstanzen abweichende, auf erweiterte Anwendung des Satzes bestrebte Auffassung zum Ausdruck gebracht und auch die wenigen Ausnahmen, die bisher noch von der Doktrin zugelassen waren, größtenteils verworfen hat."

Betrachtung setzt sich dann nicht zum Ziel, den ganzen Inhalt jener Rechtssätze zu erkennen (das wäre eine Erörterung jener Rechtssätze), sondern nur, den von den Rechtssätzen verwendeten Begriff Identität der Tat zu erkennen, und zu erkennen, ob dies ein eindeutiger oder ein mehrdeutiger Begriff ist.

Erörtert soll nur dieser Begriff werden: Identität der Tat. Er umfaßt zwei Merkmale: „Identität" und „Tat". Das erste Merkmal ist selbst ein nicht weiter definierbarer, ein letzter Begriff. Anders das zweite Merkmal „Tat". Dieses ist das vorläufig unbekannte x, dem die Aufmerksamkeit zuzuwenden ist.

Als mögliche Lösungen für dieses x werden nun in der vorliegenden Arbeit ins Auge gefaßt: 1. das historische Vorkommnis: Tat, 2. der Vorstellungsgegenstand: Tat, 3. der Sachurteilssollgegenstand: Tat.

Dabei wird das Merkmal „Identität" ein Prüfstein sein für die Richtigkeit der Lösung von x. Sollte sich z. B. zeigen, daß Identität des historischen Vorkommnisses belanglos ist für die „Identität der Tat", so wäre damit erwiesen, daß „Tat" mit „historischem Vorkommnis" nicht gleichgesetzt werden darf. Wenn endlich eine Lösung für x nicht möglich sein sollte, wenn es nichts geben kann, das sich in den Fällen der „Identität der Tat" als in Wahrheit identisch erwiese, dann müßte man zu dem Urteil gelangen: es ist unrichtig, von Identität der Tat zu sprechen; es besteht im Strafprozeß keine Identität der Tat, sondern eine Beziehung zwischen Taten, welche nur fälschlich für Identität gehalten wird. Dann müßte freilich auch die Art jener Beziehung erörtert werden.

Wenn die Geschichte des Problems übergangen wird, so geschieht dies einerseits aus dem Grunde, weil es an Darstellungen, die sie zum Gegenstand haben, nicht fehlt,[3]) und andererseits

[3]) Über die Geschichte der Identität im Strafprozeß und über ausländisches Recht vergleiche besonders: Mittermaier, Das Deutsche Strafverfahren 2. Teil, Heidelberg 1846 §§ 202, 205, 206; derselbe im Arch. d. Krim.-Rechts 1850, S. 497 ff.; Planck, Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens 1857 S. 133 ff.; Zachariä, Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts, 2. Band, Göttingen 1868, S. 653 ff.; Berner in Goltd. Arch. 3 S. 472 ff.; dortselbst auch Küssner, S. 198 ff.; Heffter, Non bis in idem Berlin 1873; Borgmann, Die Identität der Tat, 1891; Glaser, Das Ver-

deshalb, weil der Verfasser der Meinung ist, daß die Betrachtung vergangener Rechte zur Lösung des Problems des Begriffes der Identität im geltenden deutschen Strafprozeßrecht nichts beizutragen vermag.[4])

§ 2. Kann die Frage nach der Identität der Tat nach Lage des einzelnen Falles beantwortet werden?

Daß die Identität der Tat auch innerhalb der Grenzen, welche die vorliegende Untersuchung sich setzt, ein Problem darstellt, daß in dieser Hinsicht Zweifel bestehen, dürfte niemand bestreiten. Wohl aber muß bedacht werden, ob nicht eine Untersuchung in dieser Richtung ein überflüssiges Beginnen ist, weil etwa die Frage der Identität der Tat stets nach Lage des einzelnen Falles beantwortet werden kann, oder gar, ob sie sich Unmögliches zum Ziele setzt, weil diese Frage vielleicht nur nach Lage des einzelnen Falles beantwortet werden kann.[1])

Es sei gestattet, einen Augenblick bei der oft gebrauchten Redewendung: die Frage ist nach Lage des einzelnen Falles zu

---

hältnis des Urteils zur Strafklage im Ger.S. 36, S. 81 ff.; Mommsen, Römisches Strafrecht, bes. S. 450 f.; Wlassak, Anklage und Streitbef. im Kriminalrecht der Römer, bes. S. 30 ff. Über die Geschichte ähnlicher Probleme (Identität und Neuheit im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht) vergl. bes. Otto Fischer, Das Problem der Identität und Neuheit mit besonderer Berücksichtigung der Spezifikation, in der Festgabe der Juristenfakultät zu Breslau für Jhering, 1892 S. 1 ff. Sokolowski, Die Philosophie im Privatrecht I, 1902, insbes. S. 233—330 (Die Lehre von der Identität der Körper); Wenger, Institutionen des römischen Zivilprozeßrechts, bes. S. 174 ff.; Levy, Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht, bes. Bd. I S. 106 ff.; 462 ff.; Bd. II S. 178 ff. Weitere Literaturnachweise bei den Genannten.

[4]) Eine kurze Übersicht über die Versuche der Philosophie, zu einer näheren Bestimmung des Identitätsbegriffes zu gelangen, hat Otto Fischer, a. a. O. S. 11—21 gegeben.

[1]) Löwe, welcher den Begriff der Identität der Tat S. 591 folgendermaßen zu bestimmen versucht: „Der Begriff der Identität erfordert, daß der Eröffnungsbeschluß u. das Urteil dasselbe historische Vorkommnis, d. h. entweder dasselbe konkrete Tun des Angeklagten oder doch seine, wenngleich in einem anderen Tun bestehende Beteiligung an demselben Vorgang betreffen, welcher die Substanz der Anschuldigung bildet;", fährt dann fort: „freilich kann wiederum sowohl die Identität des Tuns wie auch die des Vorgangs fraglich sein;

beantworten, zu verweilen. Wenn man genauer zusieht, so enthält diese Wendung eine Forderung, deren Erfüllung sehr oft unmöglich ist:

Welcher Sinn dieser Wendung zuzuordnen ist, hängt vor allem davon ab, was unter „Lage“ eines Falles verstanden sein will. Dafür scheinen namentlich zwei Bedeutungen in Betracht zu kommen:

1. entweder unter „Lage eines Falles“ soll nichts anderes verstanden werden, als die konkrete Gestaltung, das „Sosein“ eines Sachverhaltes (denn z. B. Zweckmäßigkeit oder Billigkeit der Entscheidung des Falles oder deren Gegenteil wäre schon etwas, was nicht mehr an dem Fall selbst, an seiner Lage in diesem Sinne vorgefunden werden kann). Die Frage kann also streng genommen nur dann nach der Lage (in diesem Sinne) des Falles entschieden werden, wenn dasjenige, wonach gefragt wird, sich an dem Falle vorfindet, ihm „abgeguckt“ werden kann. Sobald dies aber nicht mehr geht — wie in den allermeisten Fällen, für welche verlangt wird, man solle sie nach ihrer „Lage“ entscheiden —, sobald die Frage nicht mehr durch aufmerksames

---

erschöpfende Normen lassen sich hierüber nicht aufstellen, die Frage kann vielmehr nur nach Lage des einzelnen Falles beantwortet werden. Auch Schanze, die Rechtskraft des Strafurteils, Z. 4 S. 437 ff. hält S. 474 wegen der „speziellen Natur“ „der zu vergleichenden Objekte“ die Aufstellung „bestimmter Merkmale“ „in abstracto“ für unmöglich. Träfen die Gründe, die Schanze angibt, zu, dann wäre jede juristische Begriffsbildung schlechthin unmöglich, denn stets sind es Lebensconcreta, Individuen, welche unter juristische Begriffe fallen. Gegen ihn Borgmann, a. a. O. S. auch die Mot. S. 205: „Allgemeine Regeln lassen sich nicht geben.“ Das Reichsgericht ist ähnlicher Meinung: „Die Grenzen der Klageänderung sind nun freilich nicht durch eine juristische Formel zu bezeichnen und es ist auch anzuerkennen, daß bei der Frage, ob eine Tat sich nach dem Ergebnisse der Verhandlung zu einer anderen Tat gestaltet als der des Eröffnungsbeschlusses, der tatsächlichen Beurteilung der Sache ein Einfluß zu gewähren ist“ (RGSt. 2 S. 349); „Unter welchen Voraussetzungen eine solche Identität stattfindet, läßt sich nach einer allgemeinen durchgreifenden Formel nicht bestimmen, muß vielmehr nach der Beschaffenheit des Einzelfalles geprüft werden.“ RGSt. 8 S. 139. S. auch RGSt. 12 S. 189, 409; 15 S. 133.

Ähnliches wird oft behauptet. So sagt z. B. Fischer a. a. O. S. 73: „. . . Es gibt kein Prinzip und kann kein Prinzip geben, nach dem die Identität an sich und für alle Fälle festgelegt werden könnte. Die juristische Betrachtung der einzelnen Fälle hat hier die allgemeinen philosophischen Erwägungen bestä-

Betrachten des Falles allein, durch Erkennen seines Soseins, d. i. seiner Lage in diesem Sinne, beantwortet werden kann, sobald vielmehr anderes (wie z. B. die Zweckmäßigkeit oder Billigkeit der Entscheidung x gegenüber der Unzweckmäßigkeit oder Unbilligkeit der Entscheidung y) an den Fall herangetragen werden muß, um die Frage zu beantworten, dann wird die Antwort auf die Frage eben nicht dem Falle selbst, seinem Sosein, seiner Lage in diesem Sinne „abgeguckt", sondern sie entspringt vielmehr einer anderen Art der Betrachtung des Falles; der Fall wird dann an irgendwelchen Maßstäben gemessen. Man darf wohl annehmen, daß zur Entscheidung der allermeisten Fälle, „die nach ihrer Lage zu entscheiden sind", ein solches Heranbringen anderer Gesichtspunkte erforderlich ist. Denn überall dort, wo die Antwort auf eine Frage wirklich lediglich durch auf den Fall selbst, auf sein Sosein gerichtetes Erkennen gefunden werden kann, versteht sich dies eigentlich von selbst und braucht nicht erst gesagt zu werden. Wer wird z. B. noch ausdrücklich sagen, es sei nach Lage des einzelnen Falles zu entscheiden, ob jemand eine bewegliche Sache weggenommen hat? So kommen wir zu einer zweiten möglichen Bedeutung des Ausdruckes „Lage des Falles". Man kann darunter

---

tigt,". (Fischer hält offenbar Hume's Standpunkt — A treatise of human nature. I. Bd. Teil 4. Abschnitte 2 ff.; Übersetzung von Jakob, Halle 1790 für den richtigen. S. dazu die Anmerkungen zu § 4 der vorliegenden Arbeit.) Fischer fährt fort: „Identität oder Neuheit sind ebenso wie Individualität und Wesenheit im allgemeinen ganz schwankende, nicht fixierbare Bezeichnungen . . . Bei der Rechtsanwendung muß, soweit Identität oder Nichtidentität in Frage steht, stets der einzelne Fall ins Auge gefaßt werden . . ."

In seinem Lehrbuch des deutschen Zivilprozeß- und Konkursrechts, Berlin 1918, sagt Fischer: „. . . Vielmehr muß im Einzelfalle unter Vergleich des Klageantrages und der tatsächlichen Klagegrundbehauptungen mit dem Stoff des Vorprozesses geprüft werden, ob die rechtskraftfreie Neubeurteilung mit dem Zwecke der Rechtskraft in Einklang zu bringen ist." Auch in der oben angeführten Arbeit kommt Fischer oft — im Anschluß an Jhering — auf den Zweck zu sprechen. Es sei an dieser Stelle nur eine Bemerkung gestattet: wie wäre eine Formulierung des Zweckes der Rechtskraft im Hinblick auf ihre klagerechtkonsumierende Wirkung möglich, ohne daß darin der Ausdruck „eine und dieselbe z. B. Sache" vorkäme. Vergl. z. B. die Motive zu § 223 des Entwurfs. (Es wird als nicht zulässig angesehen, „daß eine und dieselbe Tat, ein und derselbe Vorgang wiederholt zum Gegenstand einer Anklage gegen dieselbe

2. nicht nur das Sosein eines Sachverhaltes, sondern vielmehr daneben noch seine Beziehungen zu irgendwelchen anderen, an den Fall von außen heranzubringenden Gesichtspunkten — Maßstäben — verstehen. Wenn aber nun die Antwort auf eine anläßlich eines Falles sich ergebende Frage nur durch ein Heranbringen derartiger anderer, außerhalb des Falles, seinem Sosein selbst liegender Gesichtspunkte gefunden werden kann, so muß auch demjenigen, der die Frage zu beantworten hat, gesagt werden, welche Gesichtspunkte dies sind. Es soll doch durch die genannte Wendung sicherlich nicht dem Belieben, der Willkür des in concreto Entscheidenden überlassen werden, nach welchen Gesichtspunkten er entscheidet. Es soll auch nicht stets die Auswahl jener Gesichtspunkte seinem Ermessen, d. h. wohl seinen, gemäß seinen sittlichen usw. („rechtlichen" im ethischen Sinne) Anschauungen gesetzten volitiven Denkakten, überlassen werden. Dann aber müssen jene neben der Lage des Falles zu seiner Entscheidung erforderlichen anderen Gesichtspunkte angegeben werden (wenn die erwähnte Redewendung nicht lediglich eine Verlegenheitsphrase sein soll). Denn man kann doch den Fall unter den verschiedensten Gesichtspunkten betrachten und so zu den verschiedensten Ergebnissen, zu den verschiedensten, einander entgegengesetzten Antworten auf die Frage gelangen. Ja man wird sogar nicht zu weit gehen, wenn man behauptet, daß fast überall dort, wo die Entscheidung einer Rechtsfrage zweifelhaft ist, diese Zweifel gerade in der Möglichkeit, den betreffenden Fall unter verschiedenen Gesichtspunkten zu betrachten, ihren Grund haben.

Daraus ergibt sich, daß die genannte Wendung dort, wo Lage des Falles in der ersten Bedeutung zu verstehen ist, überflüssig, weil selbstverständlich, dort aber, wo der Ausdruck allem Anscheine

---

Person gemacht werde".) Mag man von Billigkeit, von äequitas sprechen oder von was sonst, immer muß man hinzusetzen, was unbillig usw. wäre, nämlich eine neue Strafverfolgung wegen derselben Tat. S. auch unten § 12; auch die dort angeführten Formeln enthalten irgendwie, wenn auch manchmal versteckt, das Merkmal Identität; was würde z. B. der Autorität des Staates schaden? Die Verwendung des Identitätsbegriffes ist schlechthin unvermeidlich. Allen diesen Schwierigkeiten, auf welche noch in § 4 hingewiesen werden wird, wird vorläufig im Text die Verfehltheit der Wendung: nach Lage des einzelnen Falles entgegengehalten werden.

nach in der unter 2 erwähnten Bedeutung zu verstehen ist, durchaus unzulänglich ist, weil sie die Maßstäbe, welche an den Fall herangebracht werden sollen, verschweigt; im letzteren Falle enthält daher die Wendung eine Forderung, deren Erfüllung unmöglich ist.

Die Erfahrung lehrt uns, daß die Frage der Identität der Tat sich durchaus nicht immer ohne weiteres nach Lage des einzelnen Falles beantworten läßt. Fragen wir nach dem Grunde dieser Schwierigkeit, so sind zunächst zwei Antworten möglich: Erstens: es fehlt lediglich an einer klaren, in jeder Hinsicht einwandfreien Bestimmung des Begriffes „Tat". Wissen wir einmal, was unter „Tat" zu verstehen ist, dann können wir auch ohne weiteres nach Lage (in der ersten Bedeutung) des einzelnen Falles entscheiden, ob es sich um eine identische, oder aber um zwei Taten handelt. Es braucht also nur gefragt zu werden, was denn eigentlich identisch sein soll, wessen Identität verlangt wird. Damit wäre auch die Frage der Identität schon gelöst. Die Antwort auf die Frage, ob eine und dieselbe Tat, oder aber, ob zwei verschiedene Taten vorliegen, kann dem konkreten Sachverhalt selbst ohne weiteres entnommen werden.[2]) Zweitens: mit der Bestimmung des Begriffes Tat ist die Frage der Identität noch nicht gelöst. Wir müssen vielmehr noch jene Gesichtspunkte aufzeigen, welche an dieses näher bestimmte „Was", an die Tat heranzubringen sind, um die Antwort auf die Frage, ob es sich um eine und dieselbe, oder aber um zwei Taten handelt, zu ermöglichen.

§ 3. Identität des historischen Vorkommnisses?

Die nächstliegende Antwort auf die eben gestellte Frage ist wohl: Tat in diesem Sinne ist das historische Vorkommnis. Dieses bildet den Gegenstand des Prozesses. Anklage, Eröffnungsbeschluß und Urteil müssen, soll Identität vorliegen, ein und dasselbe historische Vorkommnis betreffen, wie auch — man kann wohl sagen allgemein — gelehrt wird.[1])

---

[2]) Lediglich mit Hilfe des Identitätsbegriffes.

[1]) Vergl. z. B.: Ben.-Beling S. 211: „Dieselbe Tat, d. i. dasselbe historische Vorkommnis, denselben historischen Vorgang . . ." Birkmeyer S. 684: „. . . die Tat bleibt die nämliche, solange in den mehreren Prozessen

Allein diese Antwort erweist sich, wenn man näher zusieht, als unrichtig. Denn ein historisches Vorkommnis (oder ein historischer Vorgang, was wohl dasselbe bedeutet) ist ein der geschichtlichen Wirklichkeit angehörendes Vorkommnis (bzw. ein solcher Vorgang); es ist aber sicherlich nicht zutreffend, daß nur ein historisches Vorkommnis Gegenstand der Anklage, des Eröffnungsbeschlusses, und des Urteils sein könnte. In all den Fällen, in welchen ein Vorkommnis, das der geschichtlichen Wirklichkeit nicht angehört, Gegenstand der Anklage und des Eröffnungsbeschlusses ist („die Substanz der Anschuldigung" bildet), könnte dann von Identität keine Rede sein. Sobald sich im Laufe der Verhandlung herausstellen sollte, daß Anklage und Eröffnungsbeschluß ein historisches Nichts betreffen — daß etwa der Angeklagte A den ihm zur Last gelegten Diebstahl überhaupt nicht begangen hat, daß dieser vielmehr von B (welcher auf diese Weise von A die Zahlung eines bestimmten Betrages als „Schadensersatz" erlangen wollte) frei erfunden ist —, dann würde es an einem Gegenstand der Urteilsfindung fehlen, denn wenn ein historisches Vorkommnis überhaupt nicht vorliegt, dann wäre es doch unsinnig, zu sagen: Anklage, Eröffnungsbeschluß und Urteil betreffen dasselbe „historische Vorkommnis". Das Verfahren wäre gegenstandslos. Das Gericht könnte nicht freisprechen, denn ein freisprechendes Urteil setzt doch notwendig eine Tat (das wäre ein historisches Vorkommnis) voraus, welche Gegenstand des Urteils ist. Will man dem Gericht vom Standpunkte dieser Ansicht aus (welche die Tat mit historischem Vorkommnis gleichsetzt) überhaupt eine Entscheidung ermöglichen, so muß man entweder die Klage für nichtig

---

das nämliche historische Vorkommnis den Gegenstand der Verfolgung bildet."; Löwe (s. oben Anm. 1 zu § 2). S. aber auch Binding S. 329, der von Identität des Rechtsverhältnisses spricht. Der tatsächliche Grund der Klage (ein konkretes, angeblich schuldhaftes Verhalten des Angeklagten, worin dem Kläger die Merkmale eines bestimmten Verbrechensbegriffs verwirklicht zu sein scheinen — in diesem Sinne eine Episode aus dem Leben des Angeklagten —) sei nachher in geschichtliche Wirklichkeit zu setzen. Dazu Anm. 52: „mit dieser Episode" wird Mißbrauch getrieben. Es ist m. E. absolut unzulässig, das „geschichtliche Faktum" für identisch mit dem Klagegrund zu erklären. In einem scheinbar einheitlichen historischen Vorgang können eine Menge von Verbrechen stecken, von denen vielleicht eine Anzahl erst viel später erhellt. Ein Vorgang mit bestimmten angenommenen juristischen Merkmalen bildet das Klagefundament."

erklären — man bedenke aber, daß ein solcher Fall trotz sorgfältigsten Vorgehens der Staatsanwaltschaft eintreten kann —, oder aber zu einer Einstellung „mangels eines Prozeßgegenstandes" Zuflucht nehmen). Es ist aber doch wohl unbestreitbar, daß in den Fällen, in welchen ein Vorkommnis, das der geschichtlichen Wirklichkeit nicht angehört, Gegenstand der Anklage und des Eröffnungsbeschlusses ist (ein Vorkommnis, dessen geschichtliche Wirklichkeit — wie sich im Laufe der Verhandlung herausstellt — von der Anklage und dem Eröffnungsbeschlusse fälschlich angenommen worden war), Freisprechung des Angeklagten geboten ist (soweit nicht etwa aus prozessualen Gründen eine Sachentscheidung überhaupt unterbleiben muß).

Umgekehrt liegt in den Fällen, in welchen das Gericht den Angeklagten verurteilt hatte, während die ihm zur Last gelegte Tat in Wahrheit nie geschehen war — etwa frei erfunden ist —, ein Hindernis vor für jede weitere Strafverfolgung, welche dieselbe Tat zum Gegenstand hätte. Wenn sich also z. B. vor dem Gericht Y herausstellt: erstens, daß der Angeklagte A den ihm zur Last gelegten Diebstahl überhaupt nicht begangen hat, daß dieser vielmehr von B frei erfunden ist, und zweitens, daß A schon von dem Gericht X wegen „dieses" Diebstahls verurteilt worden ist (daß also die Anhängigmachung der Sache vor dem Gericht Y auf einem Versehen beruht), dann hätte, wenn „Tat" ein historisches Vorkommnis bedeutet, das Gericht Y das Verfahren nicht etwa nach dem Grundsatz ne bis in idem einzustellen, denn res judicata als Prozeßhindernis läge ja nicht vor, da das Urteil des Gerichts X kein historisches Vorkommnis betraf, also von einer Identität der Tat, welche das Urteil des Gerichts X betraf, mit der Tat, welche

---

Es fehlt auch nicht an anderen Formulierungen (s. darüber unten); häufig finden sich nebeneinander verschiedene Bestimmungen, die aber einander widersprechen.

Besonders das Reichsgericht erblickt die Identität der Tat in der Identität des historischen Vorkommnisses; vergl. z. B. RGSt. 9 S. 420; 12 S. 187; 15 S. 9, 133, 237; 24 S. 371; 41 S. 165; 44 S. 30; auch 56 S. 166; RGRspr. 9 S. 99. Dabei wird das „konkrete Tun" bald dem „geschichtlichen Vorgang" gleichgesetzt (RGSt. 12 S. 411), bald zum geschichtlichen Vorgang in Gegensatz gestellt (RGSt. 9 S. 421; 12 S. 187).

Eine Kritik der verschiedenen Auffassungen des Reichsgerichts gibt W. Mittermaier, Z. f. St.Wiss. Bd. 21, S. 231 ff.

das gegenwärtige Verfahren vor dem Gericht Y betrifft, keine Rede sein kann; nur soweit es sich um ein historisches Vorkommnis (oder um historische Vorkommnisse) handelt, kann man, da Identität der Tat ja ein historisches Vorkommnis voraussetzt, von Identität bzw. Nichtidentität der Tat sprechen. Auch zu einer Freisprechung könnte das Gericht Y nicht gelangen, da es ja an einem Gegenstand der Urteilsfindung fehlt. Die Anklage bzw. der Eröffnungsbeschluß bezeichnen ja kein historisches Vorkommnis, also keine Tat. Nur eine solche aber kann Gegenstand der Urteilsfindung, auch eines freisprechenden Urteils, sein. Schließlich wäre — was wohl am auffälligsten ist — auch eine Wiederaufnahme des Verfahrens nicht möglich, denn eine solche setzt zunächst doch eine materiell rechtskräftige Entscheidung voraus; das Urteil des Gerichts X aber vermag, wie eben dargelegt — res judicata liegt nicht vor — das Strafklagerecht nicht zu konsumieren; die Wiederaufnahme setzt aber weiterhin Identität der Tat, welche Gegenstand des früheren Urteils war, mit der Tat, welche Gegenstand des Wiederaufnahmeverfahrens sein soll, voraus. Endlich liegt es wohl auch ganz ferne, die Nichtigkeit des Urteils des Gerichts X anzunehmen, denn es ist doch durchaus möglich, daß das Verfahren vor diesem Gericht in jeder Hinsicht korrekt war.[2])

Es ist also nicht ein historisches Vorkommnis, dessen Identität erforderlich wäre. Vielmehr ist die Identität, ja überhaupt das Vorliegen eines historischen Vorkommnisses für die Frage der Identität der Tat gleichgültig. Es geht nicht an, die Tat im prozessualen Sinne als ein historisches Vorkommnis zu bezeichnen.

Die Behauptung, das Vorliegen einer historischen Tat, einer geschichtlich wirklichen Tat, das Dasein, die Existenz einer Tat sei für die Bejahung oder Verneinung der Identität der Tat gleichgültig, könnte Bedenken erregen: Ist es denn überhaupt möglich, von Identität eines oder Nichtidentität mehrerer Gegenstände zu sprechen, deren Existenz (Dasein) man verneint, oder um deren Existenz man sich nicht kümmert? Ist nicht das Dasein eines Gegenstandes die notwendige Voraussetzung für seine Identität? Ist die Identität nicht auf das Gebiet der Dinge, die der Welt des

[2]) Mag auch sein Ergebnis rechtswidrig sein.

Wirklichen angehören, beschränkt? Die Antwort auf diese Fragen kann nicht schwer fallen. Es ist keineswegs erforderlich, das Dasein eines Gegenstandes zu bejahen, um zu der Frage seiner Identität Stellung nehmen zu können. Wenn z. B. zwei Menschen sich über irgendein Ereignis unterhalten, so sind sie doch, obgleich sie davon überzeugt sind, daß das Ereignis unwirklich ist, dessen bewußt, daß sie über ein und dasselbe Ereignis sprechen, daß ihre Gedanken, die sie einander mitteilen, auf einen und denselben Gegenstand gerichtet sind. Können wir nicht etwa mehrmals an einen und denselben Gegenstand denken, ohne uns die Frage, ob ihm Existenz (Dasein) zukomme, überhaupt vorzulegen? Können wir nicht urteilen, daß ein Gegenstand wirklich sei, daß ihm Dasein zukomme, und später zu der Überzeugung gelangen, daß dieses Urteil falsch sei, daß der Gegenstand also unwirklich sei, und sind wir dabei nicht überzeugt, jedesmal über denselben Gegenstand geurteilt zu haben? Können nicht mehrere Menschen an denselben unwirklichen Gegenstand denken? Haben wir nicht etwa, wenn wir behaupten, daß zwei Urteile (im Sinne der Logik oder der Psychologie), von denen eines die Existenz eines Gegenstandes bejaht, das andere sie verneint, einander widersprechen, die Identität des in jedem der beiden Urteile beurteilten Gegenstandes bejaht?

Nach alledem dürfte es für feststehend zu erachten sein, daß für die Identität der Tat im strafprozessualen Sinne jedenfalls das Vorliegen eines historischen Vorkommnisses gleichgültig ist, und daß Tat im strafprozessualen Sinne jedenfalls nicht gleichbedeutend ist mit historischem Vorkommnis. Ist es doch möglich, daß die Identität der Tat bejaht wird, obgleich ihre geschichtliche Wirklichkeit (also das Vorliegen eines historischen Vorkommnisses) zu verneinen ist.

§ 4. Der Vorstellungsgegenstand *) Tat. Identität des (hypothetisch) angenommenen Vorkommnisses oder der angenommenen Tat?

Anklage, Eröffnungsbeschluß und Urteil sind Ausdrücke von Gedanken von Menschen an eine Straftat, oder an Straftaten (womit freilich nicht gesagt sein soll, daß diese Gedanken sich darin

*) Twardowski, zur Lehre vom Inhalt und Gegenstand der Vorstellungen.

erschöpfen). Die Straftat oder die Straftaten sind also die Gegenstände dieser Gedanken, dasjenige, worauf diese Gedanken gerichtet sind, worauf sie abzielen.[1]) In diesen Gedanken wird eine Straftat angenommen.[2]) Dem Worte „annehmen" ist hierbei allerdings ein vom psychologischen und logischen Sprachgebrauch abweichender Sinn beizulegen. Denn was hier unter „annehmen" zu verstehen ist, muß kein Annehmen im psychologischen oder logischen Sinne sein. Auch Urteile im Sinne dieser beiden Wissenschaften sind Annahmen in unserem Sinne. Der das verurteilende Strafurteil fällende Richter wird wohl stets von der Richtigkeit dieser seiner „Annahme" überzeugt sein. Der Staatsanwalt, welcher die öffentliche Klage erhebt, wird dies nie auf eine bloße Annahme hin tun, ja nicht einmal auf Grund eines Möglichkeitsurteils, sondern auf Grund eines Wahrscheinlichkeitsurteils (§ 152 Abs. 2: „. . . zureichende tatsächliche Anhaltspunkte . . ."). [3]) Die Tat wird in den meisten Fällen vom Standpunkt der Richter wie der Staatsanwälte aus mehr als bloß angenommen sein; es ist aber durchaus möglich, daß die Tat von ihnen wirklich bloß angenommen wird, es ist ferner sogar möglich, daß Richter wie Staatsanwalt zur Überzeugung gelangen, daß die dem Angeklagten zur Last gelegte Tat überhaupt nie begangen worden ist (frei erfunden ist), oder daß sie doch keine strafbare Handlung darstellt (also die Existenz der Tat bzw. das Bestehen der Strafbarkeit in Gedanken, welche vom Standpunkt der Psychologie als Urteile zu bezeichnen sind, verneinen). Dem Worte „annehmen" in unserem Sinne wäre also die Bedeutung beizulegen, welche es im gewöhnlichen Sprachgebrauch hat. Sie deckt sich etwa mit dem, was man in der Psychologie und Logik im allgemeinen unter Denken versteht.[4]) Schließlich wird wohl auch das, was der strafrechtswissenschaftliche Sprach-

---

[1]) Vergl. zu dieser Terminologie besonders Höfler, Logik, und Mally, Grundlagen der Logik und Logistik.

[2]) Beling betont in seinen Vorlesungen stets die hypothetische Natur des Prozeßgegenstandes.

[3]) Vergl. Ben.-Beling S. 474.

[4]) Heinrich Maier, Psychologie des emotionalen Denkens, braucht den Ausdruck Denken freilich in einem weiteren Sinne.

gebrauch unter „Vorstellung“ versteht, mit unserem „Annehmen“ zusammenfallen.[5])

Im vorigen Paragraphen wurde versucht, darzulegen, daß für die Identität der Tat das historische Vorkommnis belanglos ist. Jetzt soll der Frage nähergetreten werden, ob nicht Identität (zwar nicht des historischen, wohl aber) des bloß gedachten, vorgestellten, angenommenen Vorkommnisses oder einer bloß vorgestellten angenommenen Tat, deren reale Existenz belanglos ist, mit Identität im strafprozessualen Sinne gleichbedeutend ist. Daß die Identität nicht auf das Gebiet der wirklichen (daseienden) Gegenstände beschränkt ist, daß vielmehr die Identität bloß gedachter Gegenstände bejaht und verneint werden kann, davon war auch schon oben die Rede.

Zu diesem Zwecke muß zuerst der Vorstellungsgegenstand Tat und die Bedeutung des Wortes Vorkommnis klargestellt werden. Ist dies letztere ein so klarer, sicherer Begriff, daß man sagen könnte, es sei ein Gewinn erzielt, wenn „Tat“ durch „Vorkommnis“ ersetzt wird, und von einer Identität des Vorkommnisses statt von einer Identität der Tat gesprochen wird?

Jedes konkrete Verbrechen stellt sich zunächst dar als eine Summe von Tatumständen. Wer sich ein Verbrechen vorstellt, stellt sich zunächst eine Summe von Tatumständen vor. Dazu muß aber ein weiteres treten, damit der Vorstellende zur Vorstellung eines Verbrechens gelangt: Die Subsumtion der vorgestellten Tatumstände unter einen Verbrechensbegriff. Aber — und das ist besonders zu beachten — bevor der Vorstellende zur Subsumtion der Tatumstände unter einen Verbrechensbegriff (oder mehrere Verbrechensbegriffe) gelangen kann, muß eine eigentümliche Veränderung der Vorstellung von den Tatumständen vor sich gehen. Denn die Verbrechensbegriffe sind keine bloßen Summenbegriffe (wenn der Ausdruck gestattet ist). Die Merkmale, welche den Inhalt eines Verbrechensbegriffes ausmachen, sind nicht gleichsam durch bloße Additionszeichen miteinander verbunden. Die Ver-

[5]) Auch vom bewußt fahrlässig handelnden Täter, dessen Vermeidenwollen des Erfolges doch ein verneinendes Wahrscheinlichkeitsurteil zu Grunde liegen muß, sagt man, er habe sich die Tatumstände vorgestellt; um ein gleiches Vorstellen handelt es sich, wenn der Richter überzeugt ist, daß die dem Angeklagten zur Last gelegte Tat überhaupt nicht begangen worden ist.

brechensbegriffe enthalten vielmehr noch einzelne eigentümliche Beziehungen, welche zwischen den von ihnen bezielten Gegenständen bestehen (z. B. die Beziehung der subjektiven Tatseite auf die objektive). Ferner sind die einzelnen Merkmale eines Verbrechensbegriffs einander durchaus nicht koordiniert; das Merkmal „Handlung" ist vielmehr den Merkmalen „Tatbestandsmäßigkeit", „Rechtswidrigkeit", „Schuld" usw. übergeordnet.[6]) Auch die letzteren Merkmale sind einander wohl nicht koordiniert. (Sonst müßte ja z. B. eine schuldhafte Handlung möglich sein, die nicht rechtswidrig wäre). Die einzelnen Verbrechensbegriffe enthalten also als Merkmale nicht nur die Merkmale „Handlung", „Tatbestandsmäßigkeit" usw., sondern auch diese Beziehungen. Es ist jedoch für unsere Zwecke nicht erforderlich, die Struktur der Verbrechensbegriffe weiter zu verfolgen. Wesentlich ist, daß es in ihnen jedenfalls ein übergeordnetes Merkmal gibt: „Handlung" und daß die übrigen Merkmale diesem einen untergeordnet (nicht nebengeordnet) sind (ob unmittelbar oder mittelbar, sodaß man unter den übrigen Merkmalen auch noch solche höherer und andere niederer Ordnung unterscheiden könnte, dürfte für unsere Zwecke nicht wesentlich sein). Aus dieser Eigentümlichkeit der Verbrechensbegriffe folgt nun, daß derjenige, der Tatumstände unter einen Verbrechensbegriff (oder mehrere Verbrechensbegriffe) subsumieren will, sich diese Tatumstände auch nicht als eine bloße Summe vorstellen darf (solange er dies tut, wird er nicht zur Subsumtion gelangen können). Vielmehr muß er seine Vorstellung von den Tatumständen erst ordnen. Er muß sie in einer Weise ordnen, welche derjenigen gleich ist, in welcher die Merkmale der Verbrechensbegriffe geordnet sind, unter die die Tatumstände möglicherweise subsumierbar sind.[7]) [8])

---

[6]) Vergl. dazu besonders Beling, Die Lehre vom Verbrechen.

[7]) Ähnliches scheint Sauer vorzuschweben, wenn er, Grundlagen des Prozeßrechts S. 190, schreibt: „Wollen wir dieser Bestimmung der Sache tiefer auf den Grund gehen, so gewahren wir eine Schwierigkeit, die sich auch auf anderen Gebieten der allgemeinen Lehren der juristischen Einzeldisziplinen zeigt. Wenn man nämlich das Objekt näher beschreiben will, auf das die Rechtsnorm angewendet werden soll, so bemerkt man, daß dieses ohne eine Zuhilfenahme dieser soeben erwähnten Rechtsnorm gar nicht möglich ist. . . . man kann das, was man nach einem Maßstab messen will, nur nach dem Maßstab bestimmen;

Nach der ordnenden Umbildung der primären Vorstellung der Tatumstände als einer bloßen Summe kann nunmehr die Subsumtion vollzogen oder die Nichtsubsumierbarkeit erkannt werden (das letztere kann freilich manchmal auch schon vorher geschehen). Es zeigt sich also, daß eine derartige Ordnung der Tatumstände, bei welcher die Ordnung, in der die Merkmale eines Verbrechensbegriffes zueinander stehen, leitender Gesichtspunkt ist, erfolgen kann und auch erfolgen muß (sonst ist eine Subsumtion nicht möglich), bevor die Tatumstände als „Tat" unter einen Verbrechensbegriff subsumiert werden können.

In welcher Weise wird nun die primäre (Summen-) Vorstellung von den Tatumständen umgebildet? Da — wie gezeigt wurde — der Verbrechensbegriff leitender Gesichtspunkt ist, im Verbrechensbegriff aber ein Merkmal, die „Handlung", den übrigen Merkmalen übergeordnet ist, müssen sich auch alle Tatumstände um einen oder einen Komplex von Tatumständen, welcher der „Handlung" des Verbrechensbegriffs entspricht, als Mittelpunkt gruppieren. Das ist die erste Stufe der genannten Umbildung; der eine Tatumstand, daß z. B. A eine (gewillkürte) Körperbewegung vorgenommen hat, wird gleichsam zum Mittelpunkt der Vorstellung. Er wird substantivisch, die anderen Tatumstände werden adjektivisch vorgestellt. Er wird als Träger von Eigenschaften (den übrigen Tatumständen) vorgestellt. Erst wenn

---

der Maßstab also, der doch nur zu dem Ausspruch dienen soll, ob ein Ding seinen Anforderungen genügt, gewinnt die weitere Bedeutung, dieses Ding überhaupt erst zu bestimmen; was er vorfinden sollte, das muß er erst aufzeigen. Aus diesen Betrachtungen ersehen wir aber bereits, daß dieses Verfahren durchaus keinen Widerspruch enthält, im Gegenteil durchaus zutreffend ist." Vergl. a. Sauer a. a. O. S. 60, bes.: „Das Objekt ist nicht möglich ohne den entsprechenden Begriff der Regel."

[8]) Dann muß er, so könnte man einwenden, ja die Subsumtion schon vollzogen haben, denn um die Tatumstände zu ordnen, muß man den Verbrechensbegriff kennen, unter welchen sie fallen — der Ordnung, in welcher die Merkmale dieses Begriffs zueinander stehen, soll ja die Art und Weise entnommen werden, in welcher die Tatumstände zu ordnen sind —. Dagegen ist hervorzuheben: bevor man auch nur daran denken kann, in irgendwelchen Umständen ein Verbrechen suchen zu wollen, d. h. die Subsumierbarkeit der Umstände unter einen Verbrechensbegriff zu prüfen, muß der Verbrechensbegriff vorgestellt werden. Hervorgerufen wird diese letztere Vorstellung durch irgend eine Ähnlichkeitsassoziation.

dies geschehen ist, kann — und das ist von grundlegender Bedeutung — von einer Tat die Rede sein. Vorher liegt lediglich eine Mehrzahl von Umständen vor.

Damit ist eigentlich schon dargetan, daß mit dem Worte Vorkommnis nichts gewonnen ist. Was berechtigt uns, eine Mehrzahl von Umständen zu einem Vorkommnis zusammenzufassen? Wenn wir nicht die Vorstellung von einer Mehrzahl von Tatumständen ordnen, derart, daß einer — sei es ein einfacher oder ein Komplex von solchen — substantivisch und die übrigen als seine Eigenschaften vorgestellt werden, können wir nie zu einer Vorstellung von etwas Einheitlichem gelangen. Eine Tat stellt sich doch zunächst (primäre Vorstellung von Umständen) als eine Mehrheit von Vorkommnissen dar (z. B. — um nur einige herauszugreifen —: Handbewegung, Pulverexplosion, Hinausgeschleudertwerden des Projektils, Eintritt desselben in den Körper eines Menschen, dessen Tod usw. Auch zwischen den genannten Umständen läßt sich eine fast beliebig lange Reihe von einzelnen Vorkommnissen unterscheiden). Und eine Tat stellt sich zunächst nicht nur dar als eine Reihe von Vorkommnissen, sondern auch von anderen Tatumständen (Zuständen, Verhältnissen, Beziehungen, auch von körperlichen Dingen und endlich von Gegenständen anderer Art — Rechten, Pflichten). Mit welcher Berechtigung wollen wir in dieser Mannigfaltigkeit von untereinander so verschiedenen Erscheinungen gerade ein Vorkommnis erblicken? Der Begriff „Vorkommnis" sollte einen Grundpfeiler der ganzen Lehre von der Identität darstellen. Der Ausdruck „Vorkommnis" scheint dem Bestreben entsprungen zu sein, einen juristisch-tech-

Wenn man bedenkt, mit welcher Leichtigkeit sich Assoziationen vollziehen, erscheint dies nicht verwunderlich. Durch die Vorstellung von z. B. „wegnehmen" wird sicherlich sofort die Assoziationsvorstellung „Diebstahl" hervorgerufen. Mit der Hervorbringung der Vorstellung des Verbrechensbegriffs ist die Subsumtion der Umstände, deren Vorstellung die erste Vorstellung hervorgerufen hat, noch lange nicht vollzogen. Gleichwohl ist damit die Ordnung der Tatumstände in der oben erwähnten Weise ermöglicht. Überdies wird die Ordnung der Tatumstände auch dadurch erleichtert, daß die einzelnen Verbrechensbegriffe von ähnlicher Struktur sind. Vor allen ist die Handlung ein den übrigen Merkmalen übergeordnetes Merkmal. Von diesen übrigen Merkmalen haben alle Verbrechensbegriffe die Merkmale „Tatbestandsmäßigkeit", „Rechtswidrigkeit", „Schuld" gemeinsam.

nischen Ausdruck, wie z. B. Handlung, zu vermeiden. Wie unglücklich die Wahl des Ausdruckes Vorkommnis ist, zeigt sich auch, ganz abgesehen von den bisher angestellten Überlegungen, darin, daß der Jurist selbst, zumindest in allen Erfolgsdelikten, wenigstens zwei Vorkommnisse erblickt: die Handlung und den Erfolg. Muß er doch prüfen, ob zwischen diesen beiden Vorkommnissen Kausalzusammenhang bestehe! Unter Vorkommnissen kann man sowohl kleinste Teile einer Veränderung, als auch beliebige Summen von solchen verstehen. Auf die Frage, ob hierin ein oder mehrere Vorkommnisse zu erblicken seien, läßt sich überhaupt keine bestimmte Antwort geben. Nichts steht im Wege, jeden der Teile, in welche man ein Geschehen zerlegen kann, als ein Vorkommnis anzusehen. Ebenso kann man aber einige der so erhaltenen Vorkommnisse zusammenfassen und diese Reihe nun als Einheit, als ein Vorkommnis auffassen. Wie lang man die Reihe wählen will, wieviele Elemente man zusammenfassen will, und welche man etwa ausschalten will, steht ebenfalls im Belieben. (Man denke z. B. an eine bestimmte Schlacht in einem bestimmten Kriege.) Ebenso wie ein Zeitabschnitt läßt sich auch ein Vorkommnis in beliebig viele kleinere Einheiten zerlegen. Die Identität der Tat kann also, solange man sich lediglich auf den Begriff Vorkommnis beruft, unmöglicherweise entschieden werden. Fehlt es doch an jedem Kriterium für die Einheit eines Vorkommnisses, solange man ein solches Kriterium in dem Begriffe Vorkommnis selbst sucht.[9]) Der Begriff Vorkommnis enthält eben kein Kriterium für die Einheit seiner Zielgegenstände, der Gegenstände, welche durch ihn gemeint sind, auf welche er abzielt. Es steht gewiß nichts im Wege, eine Straftat als ein Vorkommnis zu bezeichnen, und selbstverständlich wird, wenn Identität der Tat vorliegt, auch Identität eben dieses Vorkommnisses gegeben sein. Aber das Problem der Identität ist mit dem Ausdruck Vorkommnis in keiner Weise gefördert. Was unter „Tat" zu verstehen ist, ist dadurch, daß man die „Tat" ein Vorkommnis nennt, nicht geklärt. Sollte aber jemand der Meinung sein, nicht dasjenige

---

[9]) Vergl. dazu Binding, Abhandlungen Bd. 2 S. 329 Anm. 52: „In einem scheinbar einheitlichen historischen Vorgang können eine Menge von Verbrechen stecken . . .".

Vorkommnis, als welches die Tat selbst anzusehen ist, sondern irgendein beliebiges andere, mit der Tat in irgendeinem Zusammenhang stehende, sei es, von dem die Identität der Tat abhängig ist, so wäre dies natürlich viel zu weit; man denke z. B. an den Fall, daß eine und dieselbe Provokation des B den A dazu veranlaßt hat, den B erst zu beleidigen und dann totzuschlagen; hier lägen eben offenbar zwei verschiedene Taten des A vor.

Nach diesem Exkurs, der den Zweck hatte, die Unbrauchbarkeit des Begriffes „Vorkommnis" für die Lehre von der Identität darzutun, muß, auf dem oben begonnenen Wege fortschreitend, versucht werden, den Vorstellungsgegenstand „Tat" durch Abstraktion aus dem Vorstellungsgegenstand „Verbrechen" zu gewinnen.[10])

Auf diesem Wege dürfte man zu dem Ergebnis gelangen, daß die Vorstellung von einer Tat die nach Maßgabe eines oder mehrerer Verbrechensbegriffe umgebildete Vorstellung von Tatumständen ist. Denn einerseits ist von „Tat" allemal schon die Rede, bevor man von „Verbrechen" spricht, also unter einen oder mehrere Verbrechensbegriffe subsumiert hat; ist doch die Tat gerade dasjenige, dessen Subsumtion unter die Verbrechensbegriffe zu vollziehen ist, und gerade auf Grund dieser Subsumtion wird, nachdem die letztere erfolgt ist, die Tat ein Verbrechen genannt. Andererseits ist aber die bloße Summenvorstellung von einer Mehrzahl von Umständen[11]) noch keine Vorstellung von einer Tat. Sie ist überhaupt noch keine Vorstellung von etwas Einheitlichem, sofern man nicht etwa durch Heranbringen irgendwelcher außerrechtlicher Gesichtspunkte

[10]) Es empfiehlt sich, von diesem letzteren auszugehen, da er immerhin geläufiger ist als die Tat. — Die Tat kann jetzt nur noch als Vorstellungsgegenstand in Betracht kommen, da sich gezeigt hat, daß es für die Identität der Tat gleichgültig ist, ob sie historisch ist, ob ihr geschichtliche Wirklichkeit zukommt. — Daß die Vorstellungsgegenstände „Verbrechen" und „Tat" verschiedene Bedeutung haben, bedarf keiner Erörterung; sonst wäre doch die Wendung unmöglich: „diese Tat ist kein Verbrechen". Daher muß von gewissen Zügen, Merkmalen, die sich an dem Vorstellungsgegenstand „Verbrechen" finden, abstrahiert werden, um zum Vorstellungsgegenstand „Tat" zu kommen.

[11]) Der Ausdruck Tatumstände ist hier eigentlich nicht am Platz, denn sobald man von Tatumständen spricht, also die Umstände als Umstände einer Tat auffaßt, hat man die oben genannte Umbildung ja schon vollzogen.

aus dieser Summe von Umständen schon eine Vorstellung von etwas Einheitlichem gebildet hat. So mag man z. B., wenn A gegenüber B eine Mehrzahl von Worten äußert, dies eine „Beleidigung" im Sinne des gewöhnlichen Sprachgebrauchs nennen, obgleich darin vielleicht eine Mehrheit von Äußerungsdelikten im juristischen Sinne steckt; man mag eine (große) Summe von Umständen einen „Putsch" nennen usw. Hier bedient man sich zur Umbildung einer Vorstellung von etwas Einheitlichem der Begriffe, die der gewöhnliche Sprachgebrauch oder z. B. der psychologische oder sonst ein anderer wissenschaftlicher Sprachgebrauch zur Verfügung stellt; genauer: der Begriffe, welche das vorwissenschaftliche Denken geprägt hat, und als deren Ausdruck der gewöhnliche Sprachgebrauch zu verstehen ist, bzw. der Begriffe, welche irgendeine Wissenschaft geprägt hat, und als deren Ausdruck der entsprechende wissenschaftliche Sprachgebrauch erscheint. Sehr oft wird man bei einer solchen Umbildung mit Hilfe außerrechtlicher Begriffe zu demselben Ergebnis kommen, wie wenn man rechtliche Begriffe zur Umbildung benutzt hätte; besonders dann, wenn der Rechtsordner die Begriffe, die er verwendet, dem gewöhnlichen Sprachgebrauch entnommen hat; man denke z. B. an den Begriff Tötung. Zu beachten wäre noch, daß es ja wohl in den allermeisten Fällen auch der gewöhnliche Sprachgebrauch (bzw. die Art und Weise zu denken, als deren Ausdruck der gewöhnliche Sprachgebrauch erscheint) ist, welcher es uns ermöglicht, die einzelnen Umstände als Einheiten zu erfassen; man denke z. B. nur an die Umstände: ein Messerstich, eine Ohrfeige; die „Lebensconcreta", die einzelnen Umstände erscheinen also schon an den Begriffen, welche das außerrechtswissenschaftliche Denken zur Verfügung stellt, ausgerichtet. Daher kann man eigentlich — im Sinne der Psychologie nicht von einer „primären" Vorstellung von Lebensconcreta sprechen. Aber die Jurisprudenz kann wohl Anspruch darauf erheben, jede Vorstellung, die ohne Zuhilfenahme von rechtlichen Begriffen zustandegekommen ist, als eine in ihrem (der Jurisprudenz) Sinne primäre bezeichnen zu dürfen. Da Umbildungen von (also) primären Vorstellungen von Umständen zu Vorstellungen von etwas Einheitlichem, welche ohne Zuhilfenahme von rechtlichen Begriffen erfolgt sind, für die „Tat" im Rechtssinne jedenfalls nicht maßgebend sind — wollte man sie zulassen und

demgemäß überall dort, wo eine solche Umbildung erfolgt ist, von „einer Tat" sprechen, so gelangte man sicherlich in der Mehrzahl der Fälle zu ganz anderen „Taten" als sie für das Prozeßrecht bedeutsam sind; wo im strafrechtlichen bzw. strafprozessualen Sinne von einer Tat die Rede ist, dort wird der gewöhnliche Sprachgebrauch meist, und außerdem noch sehr schwankend, sehr oft von Mehrheiten von Taten oder nur von Teilen einer Tat sprechen, oder gar überhaupt nicht von „Taten", sondern er wird, die Umstände nicht um menschliches Verhalten als Mittelpunkt gruppierend,[12]) von anderen Gegenständen sprechen — da also derartige Vereinheitlichungen nicht maßgeblich sind, kann man wohl sagen, die primäre Vorstellung von Umständen ist überhaupt noch keine Vorstellung von etwas Einheitlichem. Diese Vorstellung bleibt solange eine Vorstellung von einer Mehrzahl von Umständen, als nicht eine Umbildung zu etwas rechtlich Einheitlichem erfolgt. Diese Umbildung kann nur erfolgen nach Maßgabe eines oder — wenn ideale Konkurrenz in Betracht kommt — mehrerer Verbrechensbegriffe; diese letzteren müssen der leitende Gesichtspunkt bei der Umbildung der primären Vorstellung von einer Mehrzahl von Umständen in eine Vorstellung von einer Tat sein. Denn erstens ist die Tat, wenn auch nicht etwas unter einen Verbrechensbegriff Subsumiertes (man spricht schon vor vollzogener Subsumtion von einer Tat), so doch etwas zu Subsumierendes, etwas, dessen Subsumierbarkeit geprüft werden soll, und zu letzterem Zwecke muß — wie oben darzutun versucht wurde — die Umbildung nach Maßgabe eines Verbrechensbegriffes, dessen Vorstellung durch Ähnlichkeitsassoziation in demjenigen, welcher einzelne Umstände vorstellt, hervorgerufen wird — z. B. „wegnehmen", „Diebstahlsbegriff" — erfolgen; andernfalls wäre die Prüfung der Subsumierbarkeit (die ja doch erfolgen soll) nicht möglich. Und zweitens: der Strafrechtsordner hat uns ja gesagt, was Einheiten in seinem Sinne sind: die Verbrechen. Zwar steht es — wie oben zu zeigen versucht wurde — im Belieben eines jeden, ob er in einer Veränderung eine Mehrzahl von Vorkommnissen oder ein Vorkommnis oder auch nur einen Teil eines solchen erblicken will; der Sprachgebrauch, der gewöhnliche wie der der

[12]) Man denke z. B. an ein Eisenbahnunglück.

verschiedenen Wissenschaften, stellt eine große Zahl von Begriffen zur Verfügung, und jeder vermag durch Analyse und Synthese neue Begriffe zu prägen, nach deren Maßgabe (mit denen als leitenden Gesichtspunkten) man bald zu einer Vorstellung von einer Mehrzahl von Vorkommnissen, bald zu einer solchen von einem Vorkommnis oder auch nur von einem Teile eines Vorkommnisses gelangen kann.[13]) Aber der Jurist ist in dieser Hinsicht an die Art und Weise gebunden, welche dem Rechtsordner eigen ist. „Das juristische Denken ist ein Nach-Denken empirisch gegebener sachlicher Wertungen sozialen Lebens."[14]) Diesem Satz kann ein so weiter Sinn beigelegt werden: daß das, was der Rechtsordner als Einheiten denkt (und in seinem Belieben steht es, in welcher Weise er vereinheitlichend zusammenfassen will), auch für den nach-denkenden Juristen Einheiten sind. Somit wäre der Vorstellungsgegenstand Tat aufzufassen als der Gegenstand einer nach Maßgabe eines oder mehrerer Verbrechensbegriffe umgebildeten Vorstellung von Umständen. Substantivisch (als Träger) vorgestellt wird in dieser Vorstellung die Gesamtheit derjenigen Umstände, deren Subsumierbarkeit unter das Merkmal „Handlung" später geprüft werden soll. Alle übrigen Umstände werden als Eigenschaften (teils unmittelbare, teils auch mittelbare) dieses Trägers vorgestellt. Das hängt des Näheren von der Struktur des betreffenden Verbrechensbegriffs ab. Der Deutlichkeit halber sei betont, daß dasjenige, was in einer Vorstellung als Träger von Eigenschaften, substantivisch vorgestellt wird, nicht die Gesamtheit aller Tatumstände ist, welche nach Maßgabe eines Verbrechensbegriffs als „Handlung" aufzufassen sind (damit wäre ja schon die Subsumtion dieser Tatumstände unter das Verbrechensmerkmal Handlung vollzogen), sondern vielmehr die Gesamtheit derjenigen Tatumstände, deren Subsumierbarkeit unter das Merkmal „Handlung" später geprüft werden soll, in Frage kommt. Das wird wohl allemal menschliches Verhalten

---

[13]) Das wird nicht nur für Vorkommnisse, sondern für alle Vorstellungsgegenstände gelten müssen, was aber hier nicht weiter interessiert; es sei auch bemerkt, daß hier nur an der Feststellung gelegen ist, daß dies eine psychologische Tatsache ist.

[14]) Beling in seiner Vorlesung über jurist. Methodenlehre; vergl. auch Beling, Rechtswissensch. u. Rechtsphilosophie S. 38 ff.

sein, „Tun“ mit Einschluß des Unterlassens. Dagegen braucht es nicht ein gewillkürtes menschliches Verhalten (Handlung) zu sein.

Damit ist freilich der Gegensatz von „Substanz“ und „Inhärenz“ gegeben. Und als „Substanz“ wird noch dazu nicht ein körperliches Ding, sondern ein Vorgang, ein Geschehen hingestellt. Aber für uns bildet dieser Gegensatz kaum Schwierigkeiten. Denn einerseits ist die Frage nach seiner Geltung für die Erkenntnistheorie oder die Metaphysik für uns belanglos; lediglich seine Geltung als psychologische Tatsache kommt in Betracht. Dieser Gegensatz spielt im Denken der Menschen, wie es wirklich vor sich

---

[15]) Diese Funktion der Verbrechensbegriffe bei der Bildung von Vorstellungen von Taten wird meist übersehen — s. aber Emge im Arch. f. Ziv.-Praxis, Bd. 114, S. 48 —, im Zivil- wie im Straf- und Strafprozeßrecht; dies ist überall da der Fall, wo z. B. von „natürlichen Taten“ die Rede ist. Vergl. Honig, Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit, S. VII: „Die natürliche Handlungseinheit aber erweist sich überhaupt als ein Truggebilde . . .“, ferner S. 11 ff.: die Entscheidung zwischen Tateinheit und Tatmehrheit sei nicht vom Standpunkt der natürlichen Betrachtung, sondern nur von dem des Gesetzes aus zu fällen . . . keine andere Instanz als das Recht selbst könne bestimmen, nach welchen Kriterien in Zweifelsfällen die Entscheidung hierüber zu treffen ist; weiter S. 28 ff.; S. 55: Solange man . . . die Einheit der Handlung vom Standpunkt der natürlichen Betrachtung aus beurteilt, ist die Behauptung, es liege eine Handlung vor, unkontrollierbar.“; S. 57: „Die natürliche Anschauung ist kein Maßstab, der objektiver Zergliederung zugänglich wäre.“; vgl. auch Grünhut, Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht (s. unten S. 68 Anm.). Dagegen scheint mir, daß die römischen Juristen von der causa einer Deliktsklage eine richtigere Auffassung hatten. Man wird zwar Levy, die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht, I. S. 106, zustimmen müssen, wenn er sagt, daß die römischen Juristen „in dem Gebrauche des Wortes delictum nicht ganz einer einhelligen Ansicht“ waren. Man vergl. hierüber Hermogenian und ähnlich Gaius und Ulpian einerseits und Modestin andererseits: Hermogenian (Dig. 44, 7, 32): Cum ex uno delicto plures nascuntur actiones, sicut evenit, cum arbores furtim caesae dicuntur, omnibus experiri permitti post magnas varietates obtinuit. Gaius (Dig. 9, 2, 32, 1): Si idem eundem servum vulneraverit, postea deinde etiam occiderit, tenebitur et de vulnerato et de occiso: duo enim sunt delicta. aliter atque si quis uno impetu pluribus vulneribus aliquem occiderit: tunc enim una erit actio de occiso.

Ulpian (Dig. 11, 3, 11, 2): Quamvis autem rerum subtractarum nomine servi corrupti competat actio, tamen et furti agere possumus, ope enim consilio sollicitatoris videntur res abesse: nec sufficiet alterutra actione egisse, quia altera alteram non minuit. idem et in eo, qui servum recepit et celavit et deteriorem fecit, Julianus scribit: sunt enim diversa maleficia furis et eius qui deteriorem

geht, eine sehr bedeutsame und schlechthin unbestreitbare Rolle.[16])

servum facit: hoc amplius et condictionis nomine tenebitur. quamvis enim condictione hominem poenam autem furti actione consecutus sit, tamen et quod interest debebit consequi actione servi corrupti.

Modestin (Dig. 44, 7, 53 pr.): Plura delicta in una re plures admittunt actiones, sed non posse omnibus uti probatum est: nam si ex una obligatione plures actiones nascuntur, una tantummodo, non omnibus utendum est.

Nicht zustimmen möchte ich Levy, a. a. O. S. 106, nur insofern, als er meint, daß „die herrschende Lehre, wie sie Hermogenian und ähnlich Gaius und Ulpian zum Ausdruck bringen, unum delictum mit dem einen tatsächlichen unerlaubten Faktum identifiziert"; wohl stellt sie dem unum delictum die plures actiones gegenüber und Modestin würdigt una res unter dem Gesichtspunkt mehrerer Delikte (plura delicta). Aber daß: unum delictum (bzw. una res) geradezu identifiziert wird mit: einem tatsächlichen Faktum, ist nicht einzusehen. Gerade die Ausdrücke: unum delictum und una res scheinen darauf hinzuweisen, daß mehr gemeint ist als ein bloßes Faktum, wohl gleichbedeutend mit „Vorkommnis", welches ja noch in keiner Beziehung stehen dürfte zu irgendwelchen Rechtsbegriffen, von dem man also auch noch nicht sagen könnte, daß es unerlaubt sei, denn dann setzt man es ja eben schon in Beziehung zu jenen Rechtsnormen, die es verbieten. Es dürfte sich für die römischen Juristen, wenn sie die Ausdrücke: unum delictum und una res verwenden, eben um mehr handeln, als um eine „natürliche Handlung" (wie Levy, a. a. O. S. 107 meint; s. auch dens. a. a. O. Bd. II. S. 234 ff.). Der Ausdruck factum findet auch Verwendung; z. B. bei Ulpian (Dig. 27, 3, 1, 22): nec eadem est obligatio furti ac tutelae, ut quis dicat plures esse actiones eiusdem facti, sed plures obligationes. Hier „ist idem factum gefaßt nicht als dieselbe Handlung, sondern als dieselbe klagebegründende Tatsache." Mommsen, Römisches Strafrecht, S. 888 Anm. 8. Jeder Versuch einer genaueren Bestimmung der genannten Begriffe wäre aber freilich von vornherein ein bloßes Vermuten. Vergl. Mommsen, a. a. O. S. 891 Anm. 1: „. . . eadem res, idem crimen, una res, womit allerdings sehr verschiedene Vorstellungen verbunden werden können . . ." (Bezieht sich auf Dig. 48, 2, 12 und 44, 7, 53, pr.).

[16]) Vergl. Meinong, über die Erfahrungsgrundlagen unseres Wissens, S. 27: „Grünes", als solches muß darum gar nicht mehr Attribute in sich schließen als „Grün". Wer aber daraufhin geneigt wäre, zu meinen, zwischen „Grünes" und „Grün" bestehe im Grunde gar kein wirklicher Unterschied, der wird des letzteren leicht gewahr, wenn er die so triviale Tatsache beachtet, daß ein Grünes zwar natürlich grün ist, Grün dagegen ebenso natürlich nicht wieder grün." S. 28: „. . . und ein Blick auf das, was wir täglich erleben, belehrt uns darüber, daß wir tatsächlich allemal die Dinge wahrnehmen und die Eigenschaften nur an ihnen." S. 28: „Ferner ist die herkömmliche Frage: „Was bleibt an einem Dinge übrig, wenn man seine sämtlichen Eigenschaften wegdenkt?" schief gestellt, da sie ihre Wirkung doch nur auf den Hintergedanken stützt, daß, wo keine Eigenschaften, auch kein Ding mehr sein kann, was doch keineswegs die Identität von Ding und Eigenschaft beweist."

Und die „Substanz“ und „Inhärenz“ erscheint in diesem Lichte (der Psychologie) als etwas höchst Relatives,[17]) von der Willkür des denkenden Subjekts Abhängiges. So kann man sich bald einen Körper als Substanz und eine Farbe als seine Eigenschaft denken und z. B. von einem „grünen Ding“, von „etwas Grünem“ sprechen, bald kann man aber die Farbe als Substanz denken und z. B. von einem „dunklen Grün“ sprechen (nicht aber von etwas „dunklem Grünen“) und schließlich auch von einem „tiefen Dunkel“. Und ferner kann man auch (was meist übersehen wird) ein Geschehen, einen Vorgang als Substanz denken und andere Umstände als seine Eigenschaften. Diese anderen Umstände brauchen selbst durchaus nicht Vorkommnisse zu sein (z. B.: „Wegnahme einer Sache“; das Wegnehmen wird hier substantivisch, die Sache adjektivisch vorgestellt; umgekehrt: „weggenommene Sache“). Da dem Begriff „Substanz“, sowie auch dem Begriff „Inhärenz“ die verschiedensten Bedeutungen beigelegt worden sind, und um nicht den Anschein zu erwecken, als ob hier von mehr als bloß psychologischen Tatsachen die Rede sei, sollen im folgenden die Ausdrücke „Substanz“ und „Inhärenz“ vermieden werden und nur von substantivisch Vorgestelltem und adjektivisch Vorgestelltem gesprochen werden. Und andererseits (macht uns der genannte Gegensatz keine Schwierigkeiten) bestimmen wir genau, was in der Vorstellung von einer Tat substantivisch (das Tun) und was adjektivisch vorgestellt wird (die übrigen Umstände).[18])

[17]) Anders wohl Meinong S. 28, der nur an das eine Beispiel denkt, daß man ein Blau schwer groß oder klein nennen kann.

[18]) Dinge im relativen Sinne kennt auch Mally, Gegenstandstheoretische Grundlagen der Logik und Logistik, S. 59: „Es gibt Gegenstände, die ihrer Natur nach oder im absoluten Sinne Dinge sind, während andere bloß in der Stellung des Dinges auftreten können, ohne im absoluten Sinne Dinge zu sein. Ein Ding im absoluten und eigentlichsten Sinne ist ein Gegenstand, der jedem unbestimmten Objektiv oder dessen Negation gegenüber bloß in der Stellung des impliziten Determinates ist (also einem solchen Objektive gegenüber keine andere als die angegebene Stellung haben kann), wie z. B. ein Körper. „Ding“ im relativen Sinne aber kann jederlei Gegenstand sein, das heißt genauer: ein beliebiger bestimmter Gegenstand ist einem gewissen vollständigen Objektivkomplexe gegenüber in der Stellung des impliziten Determinates, aber wenn er nur im relativen Sinne „Ding“ ist, so gibt es auch Objektive, denen gegenüber er in wesentlich anderer Stellung ist, z. B. in der des Falles oder auch in der des Objektives selbst (wenn er nämlich selbst ein Objektiv ist)“. . . „Für die

Für die Frage der Identität des Vorstellungsgegenstandes ist es eine unumgängliche Vorfrage, ob die beiden (oder mehreren) Vorstellungen, für deren Gegenstand die Identität fraglich ist, so beschaffen sind, daß jede einen individuellen Gegenstand eindeutig bestimmt; ist eine Vorstellung derart beschaffen, daß zu ihrem Inhalt mehrere individuelle Gegenstände passen, so kann man ihr nicht ansehen, welchen von den mehreren Gegenständen der Vorstellende gemeint hat. Wenn nun der Inhalt einer zweiten Vorstellung auf einen von den zu dem Inhalt der ersten Vorstellung passenden Gegenständen abzielt, so läßt sich über die Frage der Identität des Gegenstandes beider Vorstellungen nichts aussagen. Wenn z. B. X sich vorstellte: ein Diebstahl des A im Juli 1925, so ist, wenn Anlaß zu der Annahme besteht, daß A im Juli 1925 etwa vier (selbständige) Diebstähle begangen hat, jede dieser vier Taten des A als eine zu dem Inhalt dieser Vorstellung passende anzusehen. Ist nun Inhalt einer zweiten Vorstellung: der von A am 15. Juli an dem und dem Ort begangene Diebstahl, so kann der Frage der Identität „des" Gegenstandes beider Vorstellungen nicht nähergetreten werden, da die notwendige Voraussetzung, daß jede der Vorstellungen ihren Gegenstand eindeutig bestimmt, nicht erfüllt ist. Zwar dachte X nur an einen Gegenstand (er hatte also die Vorstellung von einer Tat) — er wußte gar nicht, daß Anlaß zur Annahme mehrerer von A im Juli 1925 begangener Diebstähle besteht; würde man ihn nunmehr über letzteren Umstand aufklären (sodaß er jetzt an vier Taten des A dächte), und ihm dann die Frage vorlegen, an welche von diesen vier Taten er denn eigentlich früher gedacht habe, so würde er, vorausgesetzt, daß der Inhalt seiner ersten Vorstellung wirklich

---

Logik kommt wesentlich nur in Betracht, ob ein Gegenstand in der Stellung des Dinges auftritt, und weniger, ob er es auch im absoluten Sinne ist. Die Zielgegenstände einer Untersuchung, die von den gewonnenen Urteilen getroffen werden, sind für diese Untersuchung „Dinge" (im relativen Sinne). Es hängt also, soweit nicht eigentliche Dinge in Betracht kommen, von uns ab, ob wir einen Gegenstand als Ding auffassen oder in anderer Funktion. Damit ist aber freilich nicht gesagt, daß es von unserer Willkür abhängt, die Gegenstände „zu Dingen zu machen". Was uns, einigermaßen wenigstens, freisteht, ist, ob wir gerade Objektive setzen (oder impliziterweise setzen), denen gegenüber ein Gegenstand in der Stellung des Dinges ist, oder andere, denen gegenüber er in anderer Stellung ist." Nach Mally gibt es also auch für die Logik relative Dinge.

nicht weiter war, daß er sich nicht etwa ein weiteres Merkmal damals mitvorstellte, selbst nichts auf diese Frage zu antworten wissen.

Die Vorstellung von einer bestimmten individuellen Tat ist mehr als die Vorstellung von einer Tat schlechthin. Nicht immer, wenn ein Gegenstand als Einheit (eben als ein Gegenstand) vorgestellt wird, kann man nämlich sagen, daß ein bestimmter Gegenstand vorgestellt werde, daß der Vorstellungsgegenstand durch den Vorstellungsinhalt eindeutig bestimmt sei. So kann es sein, daß jemand zwar meint, einen durch den Inhalt seiner Vorstellung eindeutig bestimmten Gegenstand sich vorzustellen, daß er aber gerade in dieser Hinsicht sich im Irrtum befindet, da in Wahrheit sehr wohl mehrere Gegenstände annehmbar sind, welche zu den vorgestellten Merkmalen (den Merkmalen, aus welchen der Inhalt der Vorstellung zusammengesetzt ist) passen — was z. B. darin seinen Grund haben kann, daß es dem vorstellenden Subjekt an Erfahrung mangelt. Es kann auch sein, daß der Vorstellende sich um die Mehrdeutigkeit seiner Vorstellung nicht kümmert (jemand hat z. B. ein Bild gesehen, das eine Gartenlandschaft darstellt; er denkt nun an eine Landschaft, welche so beschaffen wäre, wie diejenige, die der Maler des Bildes dargestellt hatte). Hier haben wir es mit Vorstellungen von je einem Gegenstand zu tun, nicht aber von je einem eindeutig bestimmten individuellen Gegenstand. Das Eindeutig-Bestimmtsein des Vorstellungsgegenstandes hat zwar seinen Grund im Inhalt der Vorstellung (von diesem Vorstellungsinhalt hängt es ab, ob der Vorstellungsgegenstand eindeutig bestimmt ist oder nicht), ist aber dennoch nicht etwa ein Element des Vorstellungsinhalts. Wenn wir uns die Frage vorlegen, ob der Gegenstand irgendeiner Vorstellung ein durch diese eindeutig bestimmter sei, so werden wir uns nicht damit begnügen, festzustellen, daß der Vorstellende nur an einen Gegenstand gedacht hat, und schon auf Grund dieser Feststellung urteilen, der Gegenstand der Vorstellung sei eindeutig bestimmt; vielmehr werden wir fragen, ob auch wir durch einen gleichen Vorstellungsinhalt nur einen individuellen Gegenstand uns vorstellen können, oder ob wir nicht etwa sagen können, daß zu diesem Inhalt mehrere Gegenstände passen, ob nicht wir durch diesen Inhalt an mehrere Gegenstände

denken können. Können wir Letzteres feststellen, so werden wir die Frage, ob der Gegenstand der Vorstellung als ein individueller eindeutig bestimmt sei, verneinen. Kommen wir jedoch zu der Überzeugung, daß mit dem Vorstellungsinhalt die Annahme mehrerer zu diesem Inhalt passender Gegenstände unverträglich ist, so werden wir die Frage bejahen. So könnte man das Eindeutig-Bestimmtsein eines individuellen Vorstellungsgegenstandes durch den Vorstellungsinhalt etwas Objektives nennen.

Wir bejahen das Eindeutig-Bestimmtsein des Vorstellungsgegenstandes, wenn uns die Annahme mehrerer zu dem Vorstellungsinhalt passender Gegenstände mit diesem Vorstellungsinhalt unverträglich erscheint. Dies gilt nur für das Eindeutig-Bestimmtsein im strengsten Sinne. Wir aber müssen fragen: ist die Annahme mehrerer zu diesem Vorstellungsinhalt passender Gegenstände mit ihm unserer Erfahrung nach unverträglich (das Wort Erfahrung wird hier in einem etwas weiteren Sinne gebraucht, als es meist üblich ist). Was speziell das Eindeutig-Bestimmtsein des Vorstellungsgegenstandes Tat anbelangt, so wird es sogar genügen (für die Zwecke des Strafprozesses ausreichend sein), daß die Annahme mehrerer zu dem Vorstellungsinhalte passender Taten, an den Erfahrungssätzen gemessen, unwahrscheinlich (nicht schlechthin unverträglich) erscheint. Bisher wurden die Prädikate „unverträglich“ und „unwahrscheinlich“ der Annahme beigelegt; dies bedarf noch der Klärung: es wäre unzutreffend, zu sagen: eine Vorstellung von eindeutig bestimmtem Gegenstande liege dann vor, wenn die Existenz nur eines Gegenstandes mit dem Vorstellungsinhalt verträglich sei, bzw., wenn die Existenz nur eines dem Vorstellungsinhalte entsprechenden Gegenstandes wahrscheinlich erscheine. Denn es kommt für die Frage, ob eine Vorstellung von eindeutig bestimmtem individuellem Gegenstande vorliege, nicht darauf an, ob dem vorgestellten Gegenstande reale Existenz zukommt oder nicht. Wir können trotz Verneinung des letzteren die betreffende Vorstellung eine Vorstellung von eindeutig bestimmtem Gegenstande nennen. Man denke z. B. nur an einen bestimmten griechischen Gott. Auch wenn man die Existenz eines bestimmten Gegenstandes verneint, so bleibt doch dieser Gegenstand als ein bestimmter übrig. Und zwar bleibt er nicht nur Gegenstand der Vorstellung (man kann auch jetzt noch an ihn denken; oder denkt

man etwa, wenn man an einen griechischen Gott denkt, an nichts?), sondern auch ein bestimmter Gegenstand.[19]) Negativ läßt sich folgendermaßen formulieren: ein individueller Gegenstand einer Vorstellung ist so lange als ein eindeutig bestimmter zu bezeichnen, als man keinen Anlaß hat, durch den Inhalt dieser Vorstellung an mehrere Gegenstände zu denken, welche zu diesem Inhalt passen, ihm entsprechen. Sobald aber letzteres der Fall ist, nennen wir die Vorstellung nicht mehr eine eindeutig bestimmte. Die Antwort auf die Frage, ob eine Vorstellung von einem individuellen Gegenstande eine eindeutig bestimmende sei, ergibt sich n i c h t aus einem V e r g l e i c h der Welt der Wirklichkeit mit dem Vorstellungsinhalte, wir fragen n i c h t, ob diesem Vorstellungsinhalt in der Wirklichkeit nur ein Gegenstand, oder ob ihm deren mehrere entsprechen; was wir zum Vergleich heranziehen (was bald mehr bald weniger deutlich bewußt wird), sind vielmehr a n d e r e Vorstellungen, unsere Vorstellungen, die möglichen Vorstellungen eines „man“ (k a n n m a n annehmen, sich vorstellen?, sind annehm b a r, vorstell b a r . . ?). Wir fragen, ob in der Welt u n s e r e r V o r s t e l l u n g s g e g e n s t ä n d e, der Gegenstände unserer Vorstellungen, um deren Existenz wir uns nicht kümmern, wenn wir nach der Eindeutig-Bestimmtheit fragen, nur einer ist, oder ob deren mehrere sind, welche zu dem I n h a l t jener Vorstellung, von der gefragt wird, ob sie eine solche von eindeutig bestimmtem Gegenstand sei, passen, an welche wir durch jenen Inhalt denken können.

Nachdem versucht worden ist, den Vorstellungsgegenstand „Tat“ näher zu bestimmen und darzutun, was hinzutreten muß, damit

---

[19]) Wenn man sich gelegentlich der Wendung bedient: das ist nur ein Gedanke, so will man nicht mehr zum Ausdruck bringen, als daß man sich dessen bewußt ist, daß dem Gegenstand reale Existenz nicht zukomme. Von einer Identifizierung des Gegenstandes mit dem Gedanken selbst ist hier nicht die Rede. Wenn man an einen solchen Gegenstand denkt, von dem man weiß, daß ihm reale Existenz nicht zukomme, so denkt man nicht etwa a n einen Gedanken, und zwar an seinen eigenen Gedanken, — obwohl natürlich auch Gedanken Gegenstände anderer Gedanken sein können. Es liegt dann zwar ein bloß gedachter Gegenstand, aber immerhin ein Gegenstand vor, der als etwas von dem Denken selbst Verschiedenes angesehen wird, als etwas außerhalb des Denkens Liegendes. Damit soll zur Gegenstandstheorie nicht Stellung genommen werden; es kommt hier nur darauf an, daß das Denken der Menschen, wie es Gegenstand der Psychologie ist, sich so vollzieht.

von einer Vorstellung von einer bestimmten Tat gesprochen werden kann, kann nun der Frage nähergetreten werden, ob Identität des Vorstellungsgegenstandes Tat gleichbedeutend ist mit Identität der Tat im strafprozessualen Sinne. Wir müssen also zunächst fragen, zu welchen Ergebnissen hinsichtlich der Identität wir auf dem bisher beschrittenen Wege gelangen würden. Der Vorstellungsgegenstand Tat ist — wie oben gesagt wurde — aufzufassen als der Gegenstand einer nach Maßgabe der Verbrechensbegriffe umgebildeten Vorstellung von Umständen. Substantivisch (als Träger) vorgestellt wird in dieser Vorstellung die Gesamtheit derjenigen Umstände, deren Subsumierbarkeit unter das Verbrechensmerkmal Handlung später geprüft werden soll (in Betracht kommt). Alle übrigen Umstände werden als Eigenschaften, teils mittelbare, teils unmittelbare, dieses Trägers vorgestellt.

Wo immer die Identität der Tat zweifelhaft sein wird, werden die Inhalte zweier oder mehrerer Vorstellungen einander nicht gleich sein (wenn dies der Fall ist, wird die Identität eben nicht zweifelhaft sein). Andererseits wird, damit die Frage der Identität beantwortet werden könne, stets jede der beiden Vorstellungen eine solche von eindeutig bestimmtem Gegenstand sein müssen.[20]) Nun lehrt die tägliche Erfahrung, daß trotz gewisser Verschiedenheiten von Vorstellungsinhalten doch die Identität des Gegenstandes dieser Vorstellungen oft ohne weiteres bejaht wird. So hält sicherlich jedermann einen Tisch, welcher einen neuen Anstrich bekommt, trotz dieses Wechsels noch immer für denselben Tisch. Die Frage ist nur: welche Verschiedenheiten beeinflussen die Identität und welche nicht. Der einzige Weg, auf welchem man zu einer Antwort auf diese Frage gelangen kann, dürfte die Unterscheidung von substantivischen und adjektivischen Umständen sein. Wechseln die substantivisch vorgestellten Umstände, sind die Vorstellungsinhalte soweit verschieden, daß solche Umstände hinzutreten oder wegfallen, so verneint man die Identität; geht die Verschiedenheit nur so weit, daß nur adjektivisch vorgestellte Umstände hinzutreten oder wegfallen, so wird die Identität bejaht. Die Schwierig-

[20]) Diese Gegenstände müssen natürlich „Taten" sein, d. h. die Umstände müssen sozusagen durch die gleiche Brille betrachtet werden, durch die der Strafrechtsordner sieht.

keit, die im allgemeinen — aber nicht für die Straftat — hierbei auftaucht, ist nur die, daß fast stets unklar, undeutlich ist, welche Umstände substantivisch und welche adjektivisch vorgestellt werden — für die Straftat gibt es in dieser Richtung kaum Zweifel: hier gibt es kein Belieben; der Rechtsordner zwingt uns, durch seine Brille zu sehen. Wenn also die berühmte Frage aufgeworfen wird, ob ein Messer, von welchem zuerst der Griff und dann die Klinge erneuert wird, noch ein und dasselbe Messer sei, so ist die Gegenfrage am Platz: durch welche „Brille" wird das Messer betrachtet? Ist das Messer lediglich ein Zusammengesetztes aus Griff und Klinge (wird Griff und Klinge und die Art ihres Zusammengesetztseins substantivisch vorgestellt), so wird man die Identität verneinen. Ist dagegen das Messer z. B. ein Andenken, „ein mich an einen guten Bekannten X Erinnerndes", so wird dieser Umstand substantivisch und „Griff" und „Klinge" und „deren Verbundensein" nur adjektivisch vorgestellt, und die Identität bejaht (der substantivisch vorgestellte Umstand ist ja derselbe geblieben). Ebenso steht es mit dem Schiff, dessen Bestandteile allmählich alle wechseln, wenn etwa seine wirtschaftliche Bedeutung Mittelpunkt der Vorstellung ist.[21]) Diese Relativität darf nicht Wunder nehmen. Was für jemanden innerhalb einer Mehrzahl von Umständen aus irgend welchen Gründen von besonderem Interesse ist, das rückt er eben in den Mittelpunkt seiner Vorstellung von diesen Umständen. In gewissen Grenzen wird dagegen wohl auch vom Standpunkt der Logik nichts einzuwenden sein.[22]) Zu bemerken wäre noch, daß die Ausdrücke „substantivisch" und „adjektivisch" hier nur vergleichsweise gebraucht werden sollen. Es handelt sich um ein psychisches Phänomen, das sich nicht in einfachere zerlegen, nicht weiter definieren läßt, sondern nur durch Vergleiche beschrieben werden kann. Wollte man etwa die Vorstellungen bildlich darstellen, so müßte man an Flecken denken, die von außen nach innen dunkler, oder an Körper, die von außen nach

---

[21]) Vergl. das Problem der Identität des Staates. Beling, Revolution und Recht, ist S. 26 der Ansicht, daß die Frage nicht rein mit Mitteln der Logik, konstruktiv, absolut, beantwortet werden könne, daß der Zweckzusammenhang entscheide über die Zählungsweise und daß „Einheit" und „Mehrheit" nur relativ seien.

[22]) Vergl. oben Anm. 12.

innen dichter werden. Ein gewisser Grad von Helligkeit oder Dichte entspricht den substantivisch vorgestellten Umständen. Je näher dem Mittelpunkte die Umstände, welche wechseln, liegen, umsomehr wird man die Identität verneinen, je näher sie der Peripherie liegen, umso eher bejahen.[23])

Für den Vorstellungsgegenstand Tat läßt sich nach dem Gesagten feststellen: seine Identität bleibt gewahrt, wenn nur die adjektivisch vorgestellten Umstände wechseln, d. h. einzelne wegfallen oder neue hinzutreten; Voraussetzung ist hierbei nur, daß die mehreren Vorstellungen solche von eindeutig bestimmtem Gegenstand und zwar von eindeutig bestimmter Tat sind. Wechseln dagegen die substantivisch vorgestellten Umstände, so geht die Identität des Vorstellungsgegenstandes Tat verloren.

Dasjenige, was in einer Vorstellung von einer Tat substantivisch vorgestellt wird, ist eine Gesamtheit, ein Komplex von Umständen. Da sich jede „Handlung", d. h. alles, was vom materiell strafrechtlichen Standpunkt aus als eine Handlung aufzufassen ist (also auch mehraktige und fortgesetzte Deliktshandlungen), als eine Gesamtheit, ein Komplex von Handlungselementen darstellt, so bilden auch diejenigen Umstände, deren Subsumierbarkeit unter das Verbrechensmerkmal „Handlung" in Betracht kommt, einen Komplex, eine Gesamtheit. Bei der Umbildung der primären Vorstellung von Umständen werden diese Umstände nach Maßgabe der Verbrechensbegriffe zu einer Einheit (einem Komplex von Umständen) verschmolzen, welcher substantivisch vorgestellt wird. Im Gegensatz dazu stehen die adjektivisch vorgestellten Tatumstände, die Gesamtheit der Eigenschaften der Handlung.

Die Frage, ob Identität der Tat im strafprozessualen Sinne gleichbedeutend ist mit Identität des Vorstellungsgegenstandes „Tat", den wir bisher im Auge hatten, ist nun zu verneinen; wenn nämlich in mehreren Vorstellungen, die eine Tat zum Gegenstand haben, nicht derselbe Komplex von substantivisch vorgestellten Tatumständen

[23]) Man wird im allgemeinen nicht leicht eine genaue Grenze ziehen können, d. h. nicht immer genau sagen können, wo die Umstände aufhören, substantivisch vorgestellte, und wo sie anfangen, adjektivisch vorgestellte zu sein. Für den Vorstellungsgegenstand Tat dürfte diese Schwierigkeit aber nicht bestehen.

vorgestellt wird, so wird die Frage der Identität der Tat nach herrschender Ansicht doch in vielen Fällen bejaht, und zwar in Fällen, in welchen zwei derartige Komplexe Handlungselemente gemeinsam haben.[24]) Wenn z. B. A wegen eines am 15. Juli 1925 in München begangenen Diebstahls angeklagt ist, d. h. die der Anklage bzw. dem Eröffnungsbeschluß zugrunde liegenden Vorstellungen diese Tat zum Gegenstand haben, im Laufe der Hauptverhandlung sich aber herausstellt, daß A auch am 11., 13. und 21. Juli gestohlen hat, und alle diese Einzelakte eine Einheit im materiellrechtlichen Sinne bilden, die ihnen zu Grunde liegenden Handlungselemente also einen Komplex bilden, der als eine Tat — unter Hinzunahme der Eigenschaften — aufzufassen ist, so wird die Identität der Tat im strafprozessualen Sinne bejaht. Anklage bzw. Eröffnungsbeschluß einerseits und Urteilsfindung andererseits betreffen hier eine und dieselbe Tat (wenigstens nach herrschender Ansicht). Wir können aber ohne weiteres feststellen, daß eine Identität des Vorstellungsgegenstandes Tat hier nicht besteht. Denn wie könnte ein Komplex, eine Gesamtheit von Einzelakten, identisch sein mit einem oder einigen Einzelakten, welche diesen Komplex bilden? Wenn X die Einzelakte a b c d e f vorstellt, Y dagegen a b, so ist der Gegenstand der Vorstellung des Y nicht identisch mit dem Gegenstand der Vorstellung des X, sondern der erstere bildet nur einen Teil des letzteren. Ein Teil ist aber nicht identisch mit dem Ganzen. Wenn X z. B. an eine Wohnung (als einen Komplex von Räumen) denkt, Y dagegen nur an einen Raum dieser Wohnung (der allerdings von X auch mit vorgestellt wird), so wird man keinen Augenblick zögern zu sagen, daß der Gegenstand der Vorstellung des X nicht identisch ist mit dem Gegenstand der Vorstellung des Y; wohl haben die beiden Vorstellungsgegenstände ein substantivisch vorgestelltes Element gemeinsam, wohl bildet der letztere Gegenstand einen Teil des ersteren; aber identisch sind die Vorstellungsgegenstände eben nicht. Und sollte es etwa mit substantivisch vorgestellten Elementen von Taten als Vorstellungsgegenständen anders sein? Auch im Falle der idealen Konkurrenz steht es, wenn nicht sämtliche Elemente der strafrechtlich

[24]) Vergl. unten.

als Einheit erheblichen Handlung unter die mehreren konkurrierenden Verbrechensbegriffe fallen, nicht anders. Wenn z. B. A eine Urkundenfälschung in idealer Konkurrenz mit einem Betrug begangen hat, der Eröffnungsbeschluß nur auf Betrug lautet, so ist Identität der Tat im strafprozessualen Sinne zweifellos gegeben. Identität der Vorstellungsgegenstände würde aber nicht vorliegen. Denn der Komplex von substantivisch vorgestellten Tatumständen, welche — unter Hinzunahme ihrer Eigenschaften — die Betrugshandlung ausmachen, ist nicht identisch mit dem Komplex von substantivisch vorgestellten Tatumständen, welche (wiederum unter Hinzunahme ihrer Eigenschaften) die Urkundenfälschung ausmachen; diese beiden Vorstellungsgegenstände haben nur einige substantivisch vorgestellten Tatumstände gemeinsam. Es fehlen z. B. diejenigen Tatumstände, welche sich unter Hinzunahme ihrer Eigenschaften als „Anfertigung einer falschen Urkunde" darstellen, in dem Komplex der Tatumstände, welche sich (unter . . .) als Betrug darstellen.

Da es — wie unten noch zu zeigen sein wird — sicherlich nicht angeht, in allen Fällen, in welchen nicht identische Komplexe von substantivisch vorgestellten Tatumständen Gegenstände mehrerer Vorstellungen von Taten sind, die Identität der Tat im strafprozessualen Sinne zu verneinen, bleiben nur zwei Möglichkeiten offen: erstens: dasjenige, dessen Identität in Frage steht, die „Tat", darf weder in der Welt der Wirklichkeit, der historischen Vorkommnisse oder Taten, noch in der Welt der Gegenstände wirklicher Vorstellungen von Vorkommnissen oder Taten (welche letzteren ihrerseits freilich nicht wirklich, historisch zu sein brauchen) gesucht werden. Es handelt sich im Strafprozeß weder um Identität historischer Taten, noch um Identität von Gegenständen historischer Vorstellungen. Dasjenige, dessen Identität gleichbedeutend ist mit Identität der Tat im strafprozessualen Sinne, muß eben irgendwo anders gesucht werden. Zweitens: „Identität" der Tat im strafprozessualen Sinne ist überhaupt keine Identität; nicht einmal vom psychologischen Standpunkt aus läßt sich eine Identität des Vorstellungsgegenstandes aufzeigen, es läßt sich nichts auffinden, was in den Fällen der Identität der Tat im strafprozessualen Sinne in Wahrheit identisch wäre. Die zweite Antwort würde voraussetzen, daß die erste zu verneinen ist,

denn im Falle des Zutreffens der ersten gäbe es ja doch etwas, das bei der Identität der Tat im strafprozessualen Sinne in Wahrheit identisch wäre. Erst nach Verneinung der ersten könnte also die zweite bejaht werden. Dies würde aber die Notwendigkeit nach sich ziehen, zu bestimmen, was denn „Identität" dann bedeuten soll. Dann müßte eben im Strafprozeßrecht statt von „Identität" von irgend einer anderen Beziehung korrekterweise die Rede sein. Die Natur dieser anderen Beziehung wäre zu bestimmen.

Es ist also zuerst der Versuch zu machen, ob sich nicht doch etwas auffinden läßt, was bei der Identität der Tat im strafprozessualen Sinne in Wahrheit identisch ist, ob nicht unter Tat in diesem Zusammenhange etwas anderes zu verstehen ist, als bisher erwogen worden ist. Zu diesem Zweck soll die Tat als Prozeßgegenstand und als Urteilsgegenstand untersucht werden. Es soll im folgenden vom Prozeßgegenstand ausgegangen werden.

II. Kapitel.

§ 5. Vom Prozeßgegenstand und vom Urteilsgegenstand.[1])

Der Begriff „Prozeßgegenstand" scheint zunächst keine Schwierigkeiten zu bieten; das ändert sich aber, sobald man die Nominaldefinition „Gegenstand des Prozesses" durch eine sachliche zu ersetzen versucht. Mit bildlichen Ausdrücken, wie etwa „alles, worum es sich in einem Prozesse drehen kann", ist, so sehr solche geeignet sein mögen, das Verständnis des „Prozeßgegenstandes" zu fördern, letzten Endes doch auch nicht gedient.

Wir wenden uns zuerst dem Merkmal Prozeß zu (Gegenstand eines Prozesses). Der Prozeß setzt sich, so wird gelehrt, aus den einzelnen Prozeßhandlungen zusammen. Dies kann sicherlich nicht bestritten werden; der Prozeß ist ein procedere, ist Vorgang (Rechtsgang).[2])

Danach wäre Prozeßgegenstand der Gegenstand aller dieser Handlungen, welche den Prozeß ausmachen. Da ist aber gleich eine Einschränkung zu machen: nicht alle Prozeßhandlungen haben einen Gegenstand, „betreffen" irgend etwas. Wohl nur die Erklärungen haben einen Gegenstand, nämlich das Erklärte. Wenn man den Prozeßgegenstand bestimmen will, muß man also alle Handlungen, welche nicht Erklärungen sind, ausscheiden, und hat nur noch den letzteren die Aufmerksamkeit zuzuwenden. Die anderen Prozeßhandlungen (welche nicht Erklärungen sind) mögen wohl eine bestimmte Gestaltung aufweisen (so oder so beschaffen sein), sie mögen Zustände nach sich ziehen, zur Folge haben, sie mögen zu einem bestimmten Zwecke erfolgen (man denke z. B. an das Öffnen der Gerichtssaaltüren),[3]) aber man kann von ihnen nicht sagen, daß sie einen Inhalt haben, oder, was für uns bedeutsam ist, einen Gegenstand haben. Das Erklärte ist nicht etwa

---

[1]) Vergl. zum folgenden namentlich Beling, Strafprozeßrecht in Holtz.-Kohlers Enz. S. 128 ff., Ben.-Beling, S. 202 ff., Sauer, Grundl. d. Proz. bes. S. 193 ff.

[2]) Ben.-Beling 281, 283 oben.

[3]) Der Begriff der Prozeßhandlung wird oft, besonders von den Zivilprozessualisten, enger gefaßt, als es hier im Anschluß an Beling geschieht. Oft werden unter Prozeßhandlungen nur die Handlungen rechtsgeschäftlichen Charakters der Parteien verstanden.

der Inhalt der Erklärung. Nicht der Inhalt der Erklärung wird erklärt; es wird vielmehr etwas durch diesen Inhalt erklärt; dieses „Etwas" ist eben das Erklärte, der Gegenstand der Erklärung, dasjenige, worauf die Erklärung gerichtet ist. Was die Beziehung Inhalt—Gegenstand der Erklärung betrifft, so kann darüber wohl nicht mehr ausgesagt werden, wird aber wohl genügen als: daß eine Abhängigkeit Inhalt—Gegenstand besteht, der Gegenstand durch den Inhalt bestimmt, festgelegt wird, und zwar durch den Inhalt. Da wohl jedem Erklären ein Erklärtes entspricht, so kann man vorläufig sagen, Gegenstand des Prozesses ist: die Gesamtheit des Erklärten, d. i. alles, was diejenigen Prozeßhandlungen, welche Erklärungen sind, betreffen, worauf sie gerichtet sind. Das würde nun für Wissens-, wie für Willenserklärungen gelten und umsomehr für solche, die sowohl Wissens- wie Willenserklärungen sind, z. B. Anklage, Eröffnungsbeschluß, Urteil. In diesen wird etwas Gewolltes erklärt — z. B.: daß das Verfahren eröffnet werde, wie auch etwas „Gewußtes", wenn auch vielleicht auch nur für wahrscheinlich Gehaltenes, z. B. daß A diese ... Tat begangen habe; diese Erklärungen haben zwei Gegenstände: einen, der in der Zukunft liegt, das Gewollte, und einen, der in der Vergangenheit liegt, das Gewußte; freilich überwiegt in solchen Erklärungen manchmal das Gewollte an Bedeutung; dies darf aber nicht dazu führen, das „Gewußte", zu übersehen, denn auch dieses wird erklärt, seine Erklärung ist auch erforderlich, vom Gesetz vorgeschrieben — z. B. StPO. §§ 207, 267 —; wenn man die Begriffe Wissens- und Willenserklärung zu einer Einteilung der prozessualen Erklärungen verwenden will, so muß man sie anders bestimmen, als eben geschehen ist; denn sollen sie zur Einteilung dienen, so dürfen sie nicht ineinander übergreifen, sich nicht wie zwei sich schneidende Kreise verhalten; man hätte dann unter Willenserklärungen solche Erklärungen zu verstehen, in welchen etwas Gewolltes erklärt wird — ob dagegen auch ein Gewußtes erklärt wird, wäre gleichgültig; dagegen wären Wissenserklärungen solche, in welchen nur ein Gewußtes erklärt wird — z. B. Zeugenaussagen.[4])

Der Prozeßgegenstand in diesem Sinne wäre ein sehr weiter Begriff: der Gegenstand eines konkreten Prozesses wäre die

[4]) Da aber eine solche willkürliche Bestimmung der genannten Begriffe dem Wesen der letzteren nicht entspricht, die Begriffe aber bei richtiger — nicht

Gesamtheit dessen, was in diesem Prozeß erklärt worden ist, ein zusammengesetzter Gegenstand, und zwar zusammengesetzt aus allen Gegenständen der einzelnen Erklärungen. Man könnte von einem Prozeßgegenstand, also von einer Einheit, nur unter Zugrundelegung der Einheit des Prozesses sprechen. Alle diese Erklärungen, aus deren Gegenständen der Gegenstand des Prozesses sich zusammensetzt, werden durch die Einheit des Prozesses, des Verfahrens, als dessen Elemente (Teilereignisse) sie sich darstellen, zusammengehalten. Der Gegenstand des Prozesses schlechthin, eines beliebigen Prozesses, der abstrakte Prozeßgegenstand, würde die Gesamtheit der Gegenstände von Erklärungen, welche in einem beliebigen Prozesse möglich sind, umfassen, d. i. alles, was die Erklärungen, welche in einem beliebigen Prozesse abgegeben werden können, betreffen können.

Der Prozeßgegenstand in diesem weiten Sinne ist sicherlich ein unbrauchbarer Begriff. Er wäre keineswegs auf als materiellrechtlich erheblich in Betracht kommende Umstände beschränkt, sondern er müßte vielmehr auch ebenso als prozessual erheblich in Betracht kommende Umstände enthalten, z. B. (konkrete) Prozeßvoraussetzungen oder Prozeßgestaltungsvoraussetzungen; ferner würde er sich nicht nur aus mutmaßlichen konkreten Rechtsgründen, sondern auch aus mutmaßlichen konkreten Rechtsfolgen zusammensetzen, z. B. der Strafbarkeit des X, der Höhe der zu verhängenden Strafe; denn auch diese können Gegenstände von Erklärungen sein. Daß auf diese Art der Prozeß sozusagen sein eigener Gegenstand werden kann, z. B. ein Beschluß betrifft die Einstellung des Verfahrens oder der Angeklagte beantragt sie, darf nicht Wunder nehmen; genauer ausgedrückt: ein Element des Prozesses kann andere Elemente des Prozesses, mögen sie nun vor oder nach ihm liegen (vergangen oder zukünftig sein), zum Gegenstand haben. Bei jeder planmäßigen menschlichen Tätigkeit verhält es sich ähnlich. Man denke z. B. an einen Techniker, der eine Kriegsmaschine erfindet. Dieser wird auch seine bisherige Tätigkeit in dieser Richtung und auch seine Tätigkeit, die noch in der Zukunft liegt (die

gewaltsamer — Bestimmung zur Einteilung wegen dieses ineinander Übergreifens nicht geeignet sind, dürfte sich ihre Verwendung zu Einteilungszwecken überhaupt nicht empfehlen.

ihm noch obliegt, bis er sein Ziel erreicht), zum Gegenstand seiner Gedanken machen; er wird seine eigene Tätigkeit auf ihre Eignung hin, zum Ziele zu führen, prüfen; er wird vielleicht auch erwägen, ob seiner Tätigkeit nicht moralische Bedenken entgegenstehen.[5]) Einen Prozeßgegenstand in einem engeren Sinne erhält man, wenn man aus dem Prozeßgegenstand im weiteren Sinne alle diejenigen Umstände ausscheidet, welche lediglich als prozeßrechtlich erheblich in Betracht kommen, und nur an denjenigen festhält, welche als materiell strafrechtlich erheblich in Betracht kommen. Dabei sei bemerkt, daß der Ausdruck „rechtlich erheblich" in einem weiteren Sinne zu verstehen ist, als es gewöhnlich geschieht. „Rechtlich erheblich" bedeutet nicht nur durch das objektive Recht gebotene oder verbotene Handlungen oder Zustände, nicht nur konkrete Rechtsfolgen, sondern auch konkrete Rechtsgründe. „Rechtlich erheblich" ist nicht nur das, was der Rechtsordner gewertet hat, sondern auch das, was er vorausgesetzt hat für seine Wertungen, wodurch seine Wertungen bedingt sind. Danach wäre materiell strafrechtlich erheblich nicht nur die konkrete Strafbarkeit eines Menschen, die Rechtsfolge des konkreten Verbrechens, sondern auch dieses konkrete Verbrechen selbst als Voraussetzung für den Eintritt der Strafbarkeit. Dagegen würden zivilrechtliche Folgen der Handlung ausscheiden.[6]) [7]) Es wäre jedenfalls zu eng, wenn man den

[5]) Freilich läßt sich hier ein Trennstrich ziehen und sagen: diejenigen Gedanken (und die Handlungen, welche sie auslösen), die die Tätigkeit selbst zum Gegenstand haben, gehören nicht mehr zu dieser Tätigkeit; sie gehören nicht zum „Erfinden", sondern bilden diesem gegenüber etwas Selbständiges, eine zweite Tätigkeit. Es steht aber auch nichts im Wege, die letzteren Gedanken mit den ersteren zu einem Ganzen, einem Erfinden im weiteren Sinne zu vereinigen. Im Strafprozeß besteht aber ein solcher Trennstrich nicht: es gibt nicht zwei „Prozesse", von denen einer einen „Gegenstand des Verfahrens im engeren Sinne", der andere dieses Verfahrens selbst (nach seinem „Ob" und „Wie") zum Gegenstand hätte. Vielmehr sind die beiden Arten dieser Tätigkeit — wenn sie auch ihrem Wesen nach verschieden sind und die zweite der ersten ihrem Wesen nach „übergeordnet" ist — zu einem Ganzen, eben dem Prozeß, vereinigt.

[6]) Vergl. Ben.-Beling, S. 202: „Den Gegenstand des Strafprozesses, eine Strafsache, bildet also ein Straffall mit gewissen, daraus erwachsenen Rechtsfolgen, . . .". S. auch Beling, Archiv für Militärrecht 2, S. 337 ff. Dagegen wohl zu eng Beling in Holtz.-Kohlers Enz. S. 128: „Strafsachen sind . . . — die staatlichen Strafansprüche, als Objekt des Strafprozesses gedacht." S. a. dens. S. 130: „Gegenstand des einzelnen

Prozeßgegenstand lediglich als den staatlichen Strafanspruch bestimmte und die Tat selbst, die Voraussetzung für die Entstehung dieses Anspruches, nicht zum Prozeßgegenstand rechnete. Man würde dadurch nicht nur mit der Sprache der Strafprozeßordnung in Konflikt geraten (diese kennt eine Tat als Gegenstand der Urteils-

---

Prozesses . . . ist derjenige Strafanspruch . . .". S. a. Binding, Abhandl. Bd. 2, S. 308: „Es klingt so einleuchtend, zu sagen: allein über den Anspruch des Klägers resp. Anklägers entscheiden das Zivilurteil und das Strafurteil, also letzteres nur über den Anspruch des Anklägers auf Strafe. Ist er begründet, so kommt es zur Verurteilung; ist er es nicht, muß die Klage zurückgewiesen werden. Das scheint der Sprache exakter Wissenschaft allein würdig!

Darin liegt jedoch eine vollständige Verkennung der Hauptaufgabe des Strafprozesses: das ist die Feststellung der durch den Angeschuldigten begangenen Missetat. Sie hat durchaus nicht nur die Bedeutung der Feststellung des Titels für den Strafanspruch. Sie will keineswegs nur die Feststellung eines geschichtlichen Faktums mit juristischen Eigentümlichkeiten sein, sondern selbständig das Rechtsverhältnis feststellen: der Angeklagte hat seine Pflicht verletzt gegen die Gesamtheit. Im rechtskräftigen Urteil nimmt diese Feststellung an der Rechtskraft teil." Vergl. a. Sauer S. 193: „Der Prozeßgegenstand — ein im Strafprozeß vernachlässigter Begriff — ist zu bestimmen als eine individualisierte oder individualisierungsfähige Rechtssache, die prozeßrechtlich — zum mindesten ideell — gestaltet werden kann, als eine solche, die Gegenstand eines Sachurteils werden kann."

Ders. S. 193: „wie es also zu einseitig wäre, wollte man allein in den Tatsachen — ohne alle Rücksicht auf das, wenn auch nur behauptete Recht — den Prozeßgegenstand erblicken, so ist andererseits auch die meist geäußerte, wenn vielleicht auch nicht immer so verstandene Ansicht zu eng, Prozeßgegenstand sei nur der Anspruch, die Berechtigung."

Ders. S. 194: „Zu wenig besagt es endlich, wenn man den Prozeßgegenstand als die „Rechtsfolge eines materiellrechtlichen Tatbestandes" beizeichnet; d. i. nur eine Umschreibung, man fragt nach dem Charakter der Rechtsfolge wie des Tatbestandes." (Für beide Prozesse.)

Wenn sich hie und da die Wendung findet, Gegenstand des Strafprozesses sei die rechtliche Geltendmachung des staatlichen Strafrechts, so ist dies, wenn man den Prozeßgegenstand im weiteren Sinne im Auge hat, zu eng, denn in diesem Fall ist nicht nur die rechtliche Geltendmachung usw. Gegenstand des Prozesses, sondern mehr als das; wenn man aber den Prozeßgegenstand im engeren Sinne im Auge hat, so ist diese Wendung unzutreffend. Vergl. Ben.-Beling S. 202 Anm. 4.

[7]) Über sonstige aus einer Straftat entstandene Ansprüche s. Ben.-Beling S. 202 ff.

findung), sondern auch — ganz abgesehen von sonstigen Bedenken[8]) — die logische Bedeutung der Tat als einer Bedingung für die Entstehung des Strafanspruches übersehen. Es handelt sich bei den konkreten Rechtsfolgen um Umstände,[9]) welche in ihrem Bestehen (reale Existenz kommt ihnen ja nicht zu, wohl aber Bestehen)[10]) abhängig sind von den konkreten Rechtsvoraussetzungen, Rechtsgründen. Die Feststellung der letzteren ist gleichsam eine Brücke, über die man gehen muß, um zur Feststellung der konkreten Rechtsfolgen zu gelangen. Man könnte sogar so weit gehen, aus dem Prozeßgegenstand im weiteren Sinne (nicht nur die als prozeßrechtlich erheblich in Betracht kommenden Umstände, konkrete Prozeßrechtsvoraussetzungen und konkrete Prozeßrechtsfolgen, sondern) auch die konkreten Strafrechtsfolgen, das ist die als staatliche

[8]) S. Binding a. a. O. S. 308 f.: „Es ist wahrlich kein Zufall, daß die älteste Friedbruchklage reine Feststellungsklage war, und die Strafklage enthält bis zum heutigen Tage den Anspruch auf Feststellung der Tat als einen selbständigen Bestandteil — ganz anders wie die Zivilklage den Anspruch auf Feststellung des Titels für den erhobenen Anspruch.

Deshalb kann es nicht Wunder nehmen, daß es Zeiten gegeben hat, worin die judices nur die Schuldfrage zu beantworten hatten: man braucht ja nur an die quaestiones perpetuae zu denken. Deshalb kann auch heute noch, wie die Retorsionsfälle des GB. §§ 199 und 233 beweisen, die Verurteilung ohne Auswerfung von Strafe erfolgen. Deshalb liegt im heutigen Schwurgerichtsverfahren der Nachdruck durchaus auf der Bejahung oder Verneinung der Schuldfrage durch die Jury. Deshalb sagen unsere beiden Strafprozeßordnungen ganz übereinstimmend: „Gegenstand der Urteilsfindung ist die in der Anklage bezeichnete Tat, wie sich dieselbe nach dem Ergebnis der Verhandlung darstellt." Deshalb verlangen sie zur Bejahung der Schuldfrage die Zweidrittelmajorität. Deshalb erklärt StGB. § 190 den Beweis der Wahrheit einer behaupteten oder verbreiteten strafbaren Handlung für erbracht, „wenn der Beleidiger wegen dieser Handlung rechtskräftig verurteilt worden ist". Deshalb läßt P. § 404 das Wiederaufnahmegesuch auf Grund behaupteter strafbarer Handlung nur zu, „wenn wegen dieser Handlung eine rechtskräftige Verurteilung ergangen ist", sofern der Prozeß nicht wegen Unmöglichkeit seiner Durchführung unterbleiben mußte. Deshalb gibt es heute eine Wiederaufnahme zu Gunsten Toter, die ihre Strafe vielleicht längst schon verbüßt haben."

[9]) Als „Umstände" können auch die konkreten Rechtsfolgen wohl zwanglos bezeichnet werden, z. B. der Umstand, daß X strafbar ist, der Umstand, daß das Gericht das Verfahren einstellen soll — freilich sind dies dann keine Tatumstände.

[10]) Das Sein ist nach Höfler, Logik, entweder reale Existenz oder Bestehen.

Strafansprüche in Betracht kommenden Umstände auszuscheiden und lediglich die als konkrete Strafrechtsvoraussetzungen, als konkretes Verbrechen in Betracht kommenden Umstände als Gegenstand des Prozesses anzusehen.[11]) Die Feststellung der konkreten Strafrechtsfolge (und die Anordnung derselben, denn das Urteil wird mit Recht als ein Befehl bezeichnet) könnte man dann dem Prozeßgegenstand (im engsten Sinne), dem konkreten Verbrechen, konkreten Straffall, als das Prozeßziel gegenüberstellen.

Es dürfte aber vorzuziehen sein, den konkreten mutmaßlichen Straffall samt seinen etwaigen Rechtsfolgen als Prozeßgegenstand anzusehen, wobei freilich der erste Teil des Prozeßgegenstandes den zweiten an Bedeutung überragt. Es handelt sich hier aber nicht um logische Notwendigkeiten, sondern um Zweckmäßigkeit (ein brauchbarer Begriff „Prozeßgegenstand" soll gewonnen werden). Logisch notwendig ist nur folgendes: einwandfrei ist der Begriff des Prozeßgegenstandes im weitesten Sinne. Denn wenn man einerseits von einem „Gegenstand des Prozesses" spricht und andererseits den Prozeß bestimmt als (gleichgesetzt mit) eine (einer) Gesamtheit von Prozeßhandlungen, so läßt sich nichts dagegen einwenden, wenn man in der Formel „Gegenstand des Prozesses" „Prozeß" durch „Gesamtheit von Prozeßhandlungen", die andere Seite jener Gleichung, ersetzt. Nur scheiden aus dieser Gesamtheit von selbst diejenigen Handlungen aus, welche keinen Gegenstand haben, von denen man nicht sagen kann, daß sie irgend etwas (und das wäre eben der Gegenstand) „betreffen". Wie man aber aus dem Prozeßgegenstand im weitesten Sinne durch Abstraktion einen Prozeßgegenstand im engeren Sinne gewinnt, ist lediglich eine Frage der Zweckmäßigkeit.

So zeigt sich, daß der Prozeßgegenstand ein aus einer Reihe von Einzelgegenständen zusammengesetzter Gegenstand ist, ebenso wie der Prozeß selbst eine aus einer Reihe von Einzelhandlungen zusammengesetzte Einheit ist. Die Einheit des Prozeßgegenstandes rührt also von der Einheit des Prozesses her. Man kann aber auch einzelne Erklärungen, welche besonders hervorragende Bestandteile des Prozesses bilden, gesondert betrachten und so von einem Klagegegenstand und von einem Entscheidungsgegenstand sprechen. Man

[11]) Nicht nur von einem wahren Verbrechen, von einer in Wahrheit bestehenden Rechtsfolge sollte man in diesem Zusammenhang sprechen.

darf aber nicht diese Gegenstände mit dem Prozeßgegenstand verwechseln. Denn nicht der Prozeß, sondern einzelne Elemente desselben beziehen sich nur auf diese letzteren Gegenstände. Die Beschaffenheit des Entscheidungsgegenstandes hängt von der Beschaffenheit der Entscheidung ab. Eine Formalentscheidung hat einen anderen Gegenstand als eine Sachentscheidung. Gegenstand der prozeßerledigenden Formalentscheidung wird der Prozeß selbst sein. Dagegen setzt sich der Gegenstand der Sachentscheidung, insbesondere der des Sachurteils, aus Umständen zusammen, die materiellrechtlich erheblich erscheinen, deren Subsumtion unter die Strafrechtssätze wenigstens in Frage kommt.

§ 6. Der Prozessistgegenstand und der Urteilsistgegenstand. Ist Identität der Tat im strafprozessualen Sinne gleichbedeutend mit Identität eines dieser Gegenstände?

Ähnlich wie im Konkursrecht unterschieden wird zwischen einer Istmasse und einer Sollmasse, so läßt sich auch im Strafprozeßrecht (und vielleicht auch im Zivilprozeßrecht, was jedoch hier nicht von Belang ist) unterscheiden zwischen einem Prozeßistgegenstand und einem Prozeßsollgegenstand. Und ebenso läßt sich unterscheiden zwischen einem Istgegenstand einer einzelnen prozessualen Erklärung und einem Sollgegenstand derselben Erklärung, also insbesondere zwischen einem Entscheidungsistgegenstand und einem Entscheidungssollgegenstand, zwischen einem Sachurteilsistgegenstand und einem Sachurteilssollgegenstand. Das „Ist" bedeutet hier freilich nicht reale Existenz. Dasjenige, was tatsächlich Gegenstand des Prozesses bzw. der Entscheidung ist, braucht nicht reale Existenz zu haben. Dem Gegenstande kommt nicht Sein im Sinne realer Existenz, sondern Sein im Sinne von Bestehen zu.[1]) Reale Existenz kommt lediglich dem Prozesse (sofern vom Prozeßistgegenstand die Rede ist) bzw. der Entscheidung (sofern vom Entscheidungsistgegenstand die Rede ist), zu.

Prozeßistgegenstand ist also die Gesamtheit des in einem Prozesse tatsächlich Erklärten (Prozeßistgegenstand im weitesten Sinne), bzw. (wenn man die Einteilung, welche oben getroffen worden ist,

[1]) Vergl. oben § 5 Anm. 10.

zu Grunde legt) die Gesamtheit des über materiell strafrechtlich in Betracht kommende Umstände (Voraussetzungen wie Rechtsfolgen) Erklärten, die Gesamtheit der als materiellrechtlich erheblich in Betracht kommenden Umstände, welche Gegenstand von Erklärungen, die in einem Prozesse tatsächlich abgegeben werden, sind.

Entscheidungsistgegenstand ist dasjenige, was durch die Entscheidung erklärt wird, dasjenige, was die Entscheidung betrifft (Entscheidungsgegenstand im weitesten Sinne), bzw. die Gesamtheit der materiellrechtlich erheblichen Umstände (genauer: der Umstände, die als materiellrechtlich erhebliche in Betracht kommen), auf welche die Entscheidung sich bezieht, welche durch die Entscheidung tatsächlich erfaßt werden (Entscheidungsgegenstand im engeren Sinne); ist die Entscheidung ein Sachurteil, so ist dies der Sachurteilsistgegenstand.

Die Frage, ob Identität der Tat im strafprozessualen Sinne gleichbedeutend ist mit Identität des Prozeßistgegenstandes, ist zu verneinen. Zum Prozeßistgegenstand gehört ja z. B. auch eine Tat ,die unter das Verbot des § 266 Abs. 1 fällt und von irgend einem der Prozeßbeteiligten zum Gegenstand einer Erklärung gemacht wird; es ist klar, daß eine solche Tat darum weder Gegenstand der Urteilsfindung ist, noch Gegenstand des Urteils zu sein braucht. Nicht so selbstverständlich ist die Antwort auf die Frage, ob Identität im strafprozessualen Sinne gleichbedeutend ist mit Identität des Sachurteilsistgegenstandes. Ist erstens der Gegenstand der Klage und des Eröffnungsbeschlusses identisch mit dem Sachurteilsistgegenstand und zweitens der Sachurteilsistgegenstand dasjenige, dem das Verbot: ne bis in idem gilt? Aus dem in den §§ 4 und 5 Gesagten ergibt sich jedoch, daß die Frage zu verneinen ist — obwohl sie von den meisten Strafprozessualisten, welche den Begriff des Prozeßgegenstandes anwenden, bejaht wird; freilich wird dem „Prozeßgegenstand“ dabei meist ein etwas willkürlicher, dem Wesen nicht entsprechender Sinn beigelegt; Prozeßgegenstand und Urteilsgegenstand müssen eben scharf getrennt werden; aber auch für den Sachurteilsistgegenstand ist die Frage zu verneinen:

Schon in dem engsten Sinne, den man dem Prozeßistgegenstand beilegt, kann er nicht als die „Tat“, deren Identität im Strafprozesse bedeutsam ist, in Frage kommen. Noch viel weniger gilt dies für den Prozeßistgegenstand im weiteren Sinne. Unter den

materiellrechtlich erheblichen Umständen können sich sehr wohl solche finden, die zu Taten gehören, welche mit der Anklage und dem Eröffnungsbeschluß gar nichts zu tun haben. Aber auch wenn man davon ganz absieht und nur jenen Gegenstand im Auge hat, welchen das Urteil tatsächlich betrifft (und zwar das Sachurteil), so wird man finden, daß erstens das Urteil sich auf eine Tat beziehen kann, auf welche es sich nach dem Inhalt der Anklage und des Eröffnungsbeschlusses gar nicht hätte beziehen sollen, und daß zweitens, selbst abgesehen von dem letzterwähnten Fall (welcher z. B. immer dann gegeben ist, wenn ein Verstoß gegen § 266 Abs. 2 vorliegt), der Bejahung der Frage, ob „Identität der Tat" gleichbedeutend ist mit Identität des Sachurteilsistgegenstandes, gleiche Bedenken entgegenstehen, wie diejenigen, welche oben (§ 4) zur Verneinung der Frage, ob „Identität der Tat" gleichbedeutend ist mit Identität des Vorstellungsgegenstandes Tat, geführt haben. Denn der Sachurteilsistgegenstand im engsten Sinne deckt sich mit dem Vorstellungsgegenstand Tat, und zwar insofern, als das Sachurteil ein Ausdruck von Gedanken („Vorstellungen") ist, welche eine Tat — oder bei Mehrheit von Sachurteilsistgegenständen, mehrere Taten — zum Gegenstand haben.[2]) Man denke z. B. an den Fall, daß Anklage und Eröffnungsbeschluß zwei Einzelfälle eines fortgesetzten Delikts bezeichnet haben. Das Urteil hat noch drei weitere Einzelfälle, welche sich im Laufe der Hauptverhandlungen herausgestellt haben, hinzugenommen. Oder an den Fall: das Urteil hat sich auf zwei Einzelfälle eines fortgesetzten Delikts bezogen; nunmehr stellt sich heraus, daß noch drei weitere Einzelfälle vorliegen, welche mit den beiden anderen eine Tateinheit im materiellrechtlichen Sinne gebildet haben. Hier besteht zwischen der Tat, welche tatsächlich Gegenstand der Anklage und des Eröffnungsbeschlusses bzw. des Sachurteils war, einerseits und der Tat, welche Gegenstand des Sachurteils war, bzw. Gegenstand einer neuen Strafverfolgung wäre, andererseits keineswegs Identität.

---

[2]) Hierbei wäre nur zu beachten, daß diese Gedanken, als deren Ausdruck eine Erklärung sich darstellt, sich nicht zu decken brauchen mit denjenigen Gedanken, welche der Erklärende zum Ausdruck bringen wollte, die also der Erklärung zu Grunde lagen; denn jene ersten Gedanken (der „objektive Sinn" der Erklärung) werden eigentlich erst von uns, die wir die Erklärung lesen oder hören, dieser zugeordnet. In der Regel wird aber Übereinstimmung bestehen.

Wenn man die Taten so nimmt, wie sie tatsächlich Gegenstände der genannten Erklärungen waren (Erklärungsistgegenstände), so verhalten sie sich zueinander wie der Teil zum Ganzen und sind ebenso wenig identisch miteinander wie z. B. eine Wohnung mit einem Raum, der zu ihr gehört.

Es zeigt sich also, daß der Sachurteilsistgegenstand als „Tat", deren Identität für den Strafprozeß bedeutsam ist, nicht in Frage kommt, und schon gar nicht der Prozeßistgegenstand.

§ 7. Vom Prozeßsollgegenstand.

Wir sind oben (§ 5) davon ausgegangen, daß der Prozeß eine Gesamtheit von Prozeßhandlungen ist, haben den Prozeßgegenstand dadurch zu bestimmen versucht, daß wir in der Formel Prozeßgegenstand „Prozeß" durch „Gesamtheit von Prozeßhandlungen" ersetzten, und sind (§ 6) hinsichtlich der Identität zu einem negativen Ergebnis gelangt. So sind wir noch immer auf der Suche nach einem Prozeßgegenstand, bzw. einem Entscheidungsgegenstand, dessen Identität mit der „Identität der Tat" gleichbedeutend wäre.

Im Prozeß gibt es nun aber auch Rechte und Pflichten. Es mag schwierig sein, die Grenze zwischen Pflichten und Rechten einerseits und bloßen Gebundenheiten, Lasten und Aussichten andererseits genau zu bestimmen. Ferner taucht die Frage auf: handelt es sich im Prozeß um prozessuale Rechte und Pflichten oder sind diese anderer, z. B. staatsrechtlicher Natur? Dazu ist aber zunächst festzustellen, daß die Klassifikation dieser Pflichten und Rechte doch ohne Bedeutung ist für das Bestehen und den Inhalt dieser Pflichten und Rechte. Die Klassifikation, die Frage, ob die betreffenden Pflichten und Rechte dem Prozeßrecht oder z. B. dem Staatsrecht zuzuweisen sind, mag von großer Bedeutung sein für die Erkenntnis des Wesens des Prozesses; aus dieser Erkenntnis mögen ferner andere Kenntnisse ableitbar sein, die für die Auslegung, die Erkenntnis des wahren Inhalts der Rechtssätze, bedeutsam sein können. Ist aber, und das wird wohl feststehen, das Recht, die Rechtsordnung das prius, die Rechtswissenschaft das posterius, ist das Recht der Gegenstand der Rechtswissenschaft, so kann die Rechtswissenschaft immer nur auf unsere Kenntnis des Rechts einwirken, nicht aber auf das Recht selbst. Und deshalb ist das

Bestehen und der Inhalt der in Frage stehenden Rechte und Pflichten unabhängig von ihrer Benennung als staatsrechtliche oder als prozeßrechtliche.

Wenn das Prozeßrecht ein Teil der Rechtsordnung ist, wenn es Recht ist, so muß es auch mindestens prozessuale Pflichten geben. Denn alles Recht ist ein „Soll gegenüber dem sozialen Leben". Ob aus dem Prozeßrecht — wie aus anderen Teilen des Rechts — auch subjektive Rechte ableitbar sind, ist eine andere Frage — die Auffassung des Rechts als eines „Soll" steht nicht entgegen. Es wäre denkbar, daß das Prozeßrecht nur Pflichten und keine Rechte austeilte. Das muß die Erfahrung lehren. Wollte man auch alle prozessualen Pflichten leugnen, so müßte man konsequenterweise auch alles objektive Prozeß r e c h t leugnen; der Prozeß wäre nicht durch das Prozeßrecht n o r m i e r t, g e r e g e l t; die Aufhebung oder Änderung des Prozeß„rechts" wäre für den Prozeß belanglos. Denn man müßte dem, was Prozeß r e c h t genannt wird, diejenigen Eigenschaften absprechen, die dem objektiven Recht zukommen, d. i. insbesondere die Tendenz, regelnd das Leben der Menschen zu beeinflussen. Wie wäre ein Regeln, Normieren möglich, ohne daß den Rechtsunterworfenen wenigstens Pflichten auferlegt würden? Bloße Einladungen, Bitten, Prophezeihungen sind kein objektives Recht.

Die Prozeßrechtssätze sind z. T. nur in beschränktem Maße „erzwingbar". Aber der Grad der Eignung von Rechtssätzen, motivierend auf den Willen der Menschen einzuwirken — der Wille des Rechtsordners kann letzten Endes nur durch den Willen von Menschen verwirklicht werden —, ist nicht maßgebend für ihr Wesen (Rechtssätze zu sein). Aus diesem Grunde darf das Prozeßrecht nicht als Recht geleugnet werden.

Für die Einteilung der Rechtssätze und der aus ihnen ableitbaren Pflichten und Rechte in solche des X-Rechts und solche des Y-Rechts, dürfte wohl ihr Inhalt maßgebend sein. Wenn nach einem Rechtssatz eine Prozeßhandlung gesollt ist, so handelt es sich wohl um einen Prozeßrechtssatz und um prozessuale Pflichten und Rechte, welche aus jenem objektiven „Soll" folgen.

Es wird also daran festzuhalten sein, daß es prozessuale Rechte und Pflichten gibt.

Für die Lehre vom Prozeßgegenstand und vom Urteilsgegenstand ergibt sich hieraus die wichtige Folgerung, daß dieser nicht nur auf dem Gebiete der Prozeßhandlungen (als Gesamtheit der Gegenstände der prozessualen Erklärungen — mit etwaigen Einschränkungen) zu suchen ist, sondern vielmehr auch auf dem Gebiete dieser Rechte und Pflichten.

Zu diesem Zwecke ist zunächst das Verhältnis zu betrachten, in welchem Prozeßhandlungen als wirkliche Ereignisse (konkrete, tatsächlich erfolgende Prozeßhandlungen) einerseits zu den Prozeßrechtssätzen und dann zu den aus den Prozeßrechtssätzen ableitbaren konkreten Rechtsfolgen, den subjektiven Rechten und Pflichten, stehen. Wohl jeder Rechtssatz, auch Prozeßrechtssatz, besteht aus zwei Teilen: einem abstrakten Rechtsgrund und einer abstrakten Rechtsfolge; Rechtssätze, welche keine abstrakte Rechtsfolge enthielten, sind undenkbar (die sog. begriffsentwickelnden Rechtssätze sind keine Rechtssätze, sondern Stücke, Teile von Rechtssätzen). Denn solche Rechtssätze würden nichts regeln, nichts normieren (ob es dagegen Rechtssätze gibt, die keinen Rechtsgrund enthalten, also irgend etwas voraussetzungslos, unbedingt anordnen, mag zweifelhaft sein, ist aber hier nicht von Belang). Die abstrakte Rechtsfolge, das rechtliche „Soll", die rechtliche Wertsetzung, kann nun entweder etwas gebieten (oder verbieten) oder erlauben, gewähren (letzteres, wenn jemandem durch die abstrakte Rechtsfolge eine Macht zugedacht ist). Dieses Etwas ist für die uns interessierenden Prozeßrechtssätze (d. s. nicht alle Prozeßrechtssätze) die Prozeßhandlung. Somit kann eine Prozeßhandlung von den Prozeßrechtssätzen geboten, erlaubt oder vorausgesetzt sein. Wenn sie lediglich vorausgesetzt ist, bezieht sich kein Willensakt des Rechtsordners auf sie; sie ist weder von ihm gewollt, noch nicht gewollt, sondern eben nur vorausgesetzt („wenn die Prozeßhandlung a vorgenommen wird, so soll b geschehen"). Wohl ist für den Fall des Eintritts der Prozeßhandlung (a) etwas vom Rechtsordner gewollt (also gesollt), nämlich b; aber diese selbst ist in dem betreffenden Rechtssatz nur vorausgesetzt. Freilich kann eine und dieselbe Prozeßhandlung durch einen Rechtssatz vorausgesetzt und nach einem anderen Rechtssatz gesollt sein. Rechtssatz Nr. 1 lautet: „Wenn a ist, soll b sein"; Nr. 2: „Wenn b ist, soll c sein"; hier ist b sowohl vorausgesetzt als auch gesollt.

Wenn nun nach einem Prozeßrechtssatz eine Prozeßhandlung gesollt (in weitestem Sinne) ist, so muß es entweder eine Pflicht oder ein Recht jemandes geben, diese Prozeßhandlung vorzunehmen. Inhalt dieser Pflicht bzw. dieses Rechts ist dann: das konkrete Verpflichtetsein bzw. das konkrete Berechtigtsein, diese Prozeßhandlung vorzunehmen. Gegenstand dieser Pflicht bzw. dieses Rechts ist dasjenige, worauf die Pflicht, bzw. das Recht gerichtet ist, worauf sie bzw. es abzielt, d. i. die Vornahme dieser Prozeßhandlung, die Erfüllung, Verwirklichung der Pflicht oder des Rechts. Wird die Prozeßhandlung tatsächlich vorgenommen, so ist dadurch die Pflicht oder das Recht, welche auf die Vornahme dieser Prozeßhandlung abzielten, verwirklicht, erfüllt. (Eine Prozeßhandlung, die nach den Prozeßrechtssätzen weder gesollt, noch vorausgesetzt wäre, ist undenkbar; erfolgt eine solche Handlung im Prozeß, so ist sie eben keine Prozeßhandlung, sondern rechtlich belanglos.)

Ist die nach dem Rechtssatz gesollte Prozeßhandlung eine Prozeßerklärung, ist die aus dem Rechtssatz ableitbare konkrete Pflicht oder das konkrete Recht auf eine Prozeßerklärung gerichtet, zielt es auf eine solche ab, ist der Gegenstand der konkreten Pflicht oder des konkreten Rechts die Vornahme einer Prozeßerklärung, so muß der Rechtssatz (und der aus ihm abzuleitende Inhalt der konkreten Pflicht oder des konkreten Rechts) die vorzunehmende Prozeßhandlung näher bestimmen; es muß aus ihm zu entnehmen sein, wie die vorzunehmende Prozeßhandlung beschaffen sein soll. Da nun durch jede Erklärung notwendig etwas erklärt werden muß — Erklärungen, durch welche nichts erklärt werden würde, sind undenkbar —, da jede Erklärung auf etwas gerichtet sein, auf etwas abzielen muß, da jede Erklärung selbst einen Gegenstand haben muß (d. i. eben jenes Etwas, worauf sie gerichtet ist, abzielt), muß der Rechtssatz (und der Inhalt der aus ihm ableitbaren konkreten Pflicht oder des konkreten Rechts) erkennen lassen, muß ihm entnehmbar sein, was durch die Erklärung erklärt werden soll (im weitesten Sinn), worauf die Erklärung gerichtet sein, abzielen soll, welchen Gegenstand sie haben soll. Dieser Gegenstand ist der Sollgegenstand jener Prozeßerklärung. Ein Rechtssatz, nach welchem eine Erklärung gesollt ist, der nicht (einmal fakultativ) festsetzen würde, was Gegenstand dieser Erklärung sein soll, worauf

sie gerichtet sein soll, würde ja die Erklärung ganz unbestimmt lassen. Jene Erklärungen aber, welche von den Prozeßrechtssätzen lediglich vorausgesetzt sind (also nach keinem Prozeßrechtssatz gesollt sind), haben keinen Sollgegenstand, sondern nur einen Istgegenstand.

Der Prozeßsollgegenstand ist, ebenso wie der Prozeßistgegenstand, ein zusammengesetzter. Er umfaßt die Gesamtheit der Sollgegenstände der in einem Prozeß gesollten Prozeßerklärungen. Man könnte ihn auch den normativen Prozeßgegenstand nennen.

Ähnlich wie aus dem Prozeßistgegenstand im weitesten Sinne kann man auch aus diesem Prozeßsollgegenstand im weitesten Sinne durch Abstraktion einen Prozeßsollgegenstand im engeren Sinne gewinnen.

§ 8. Vom Entscheidungssollgegenstand.

Der Prozeßsollgegenstand ist ein synthetischer; er umfaßt eine Gesamtheit von Einzelsollgegenständen. Man kann aber auch diese Einzelsollgegenstände gesondert betrachten. Einer der wichtigsten von ihnen ist der Entscheidungssollgegenstand.

Der Entscheidungssollgegenstand ist dasjenige, worauf die Entscheidung sich beziehen soll, was sie betreffen soll, worauf sie gerichtet sein soll.

Der Sollgegenstand einer Formalentscheidung wird materiellrechtlich erhebliche Umstände nicht enthalten. Soweit in einer Formalentscheidung von materiellrechtlich erheblichen Umständen die Rede ist, so wird dies nur zu dem Zwecke geschehen, um den eigentlichen Gegenstand der Formalentscheidung näher zu bestimmen (was für ein Verfahren gegen den X ist einzustellen? Die Verfolgung wegen welcher Tat ist unzulässig?).

Der Sollgegenstand einer Sachentscheidung wird stets Umstände enthalten, welche als materiellrechtlich erheblich in Betracht kommen, deren Subsumierbarkeit unter die Sätze des materiellen Strafrechts wenigstens in Frage kommt, wenigstens behauptet worden ist (z. B. in der Klage), und zwar sowohl als konkrete Rechtsvoraussetzungen, wie auch als konkrete Rechtsfolgen in Betracht kommende Umstände. (Auch das verneinende Sachurteil hat die

Umstände, deren Vorliegen verneint wird, zum Gegenstand, es spricht sich über diese Umstände aus, es soll sie auch zum Gegenstand haben.)

Was Gegenstand der Entscheidung sein soll, welche Umstände der Entscheidungssollgegenstand enthält, das ist den aus den Strafprozeßrechtssätzen ableitbaren konkreten Pflichten und Rechten zu entnehmen. Die Strafprozeßrechtssätze ordnen eine Entscheidung an, diese ist nach ihnen gesollt; sie müssen sich auch darüber aussprechen, wie diese Entscheidung beschaffen sein soll, sie müssen normieren, worauf die Entscheidung sich beziehen soll, was sie betreffen soll, was sie zum Gegenstand haben soll.

Daß dies dem sprachlichen Ausdruck, welchen die in Frage kommenden Rechtssätze erfahren haben, also insbesondere den Paragraphen des Gesetzes, nicht immer leicht zu entnehmen ist, ist zuzugeben.

Was das Verhältnis von Entscheidungsistgegenstand (d. h. des Gegenstandes der Entscheidung, so wie sie tatsächlich erfolgt) einerseits, und Entscheidungssollgegenstand andererseits anlangt, ist folgendes hervorzuheben:

Es ist möglich, daß Entscheidungsistgegenstand und Entscheidungssollgegenstand sich in concreto völlig decken, zusammenfallen. Das ist immer dann der Fall, wenn das entscheidende Prozeßsubjekt seiner konkreten Pflicht in jeder Hinsicht nachgekommen ist, sie richtig erfüllt hat, wenigstens, was das Verhältnis der von dem Prozeßsubjekt vorzunehmenden und ihm zur Pflicht gemachten prozessualen Entscheidung zu dem Gegenstand, auf den die Entscheidung gerichtet sein soll, anlangt (dagegen schadet ein Abweichen hinsichtlich der Form oder anderer prozessualer Modalitäten nichts, ist für das Sichdecken von Entscheidungsistgegenstand und Entscheidungssollgegenstand bedeutungslos; nur darauf kommt es hier an); wenn also gerade über den Gegenstand entschieden worden ist, über den hätte entschieden werden sollen. Man könnte eine solche Entscheidung eine im Hinblick auf ihren Gegenstand rechtlich fehlerfreie, rechtlich untadelhafte nennen. Sie wäre nicht zu verwechseln mit der wirksamen Entscheidung; denn

auch rechtlich fehlerhafte Entscheidungen können wirksam sein, Wirksamkeit erlangen. Die Wirksamkeit einer Entscheidung ist kein Kriterium dafür, daß ihr Istgegenstand und ihr Sollgegenstand zusammenfallen, sich völlig decken.

Es ist ferner möglich, daß dem Entscheidungsistgegenstand überhaupt kein gleichartiger Entscheidungssollgegenstand entspricht; das ist dann der Fall, wenn eine Formalentscheidung am Platze war, hätte ergehen sollen, während tatsächlich eine Sachentscheidung ergangen ist, oder umgekehrt. Fehlte es z. B. an einer Sachurteilsvoraussetzung, so bestand im konkreten Prozesse überhaupt kein Sachurteilssollgegenstand, sondern nur ein Formalentscheidungssollgegenstand. Hat aber das Gericht dennoch in der Sache selbst entschieden, also ein Sachurteil gefällt, so kann ein Sachurteilsistgegenstand nicht geleugnet werden; es ist eben der Gegenstand, über welchen das Gericht tatsächlich entschieden hat. Ob etwa der Verstoß so groß ist, daß er Nichtigkeit des Urteils zur Folge hat (was ja nur in besonders krassen Fällen zu bejahen sein dürfte), spielt für den Urteilsistgegenstand keine Rolle; auch der Gegenstand eines nichtigen Urteils ist Urteilsistgegenstand, denn auch das nichtige Urteil ist ein Urteil. Nur einem Nichturteil käme ein Urteilsgegenstand nicht zu.

Es ist endlich möglich, daß Entscheidungsistgegenstand und Entscheidungssollgegenstand einige Umstände gemeinsam haben, sich wie zwei sich schneidende Kreise verhalten. Das ist nicht nur dann der Fall, wenn diejenigen Umstände, welche in den dem Isturteil und dem Sollurteil zu Grunde liegenden Gedanken (den Gedanken, als deren Ausdruck diese Prozeßerklärungen sich darstellen — was die Sollentscheidung anlangt: den Gedanken, welche durch diese zum Ausdruck gebracht werden sollen) substantivisch vorgestellte (bzw. vorzustellende) Umstände sind, wechseln (d. h. wenn sie nicht sämtlich dem Entscheidungsistgegenstand und dem Entscheidungssollgegenstand gemeinsam sind), sondern auch schon dann, wenn dies letztere nur von adjektivisch vorgestellten bzw. adjektivisch vorzustellenden Umständen gilt. Identität zwischen Entscheidungsistgegenstand und Entscheidungssollgegenstand aber ist in dem letzteren Falle gegeben, wenigstens, wenn man den psychologischen Identitätsbegriff zu Grunde legt, nach welchem

trotz eines Wechsels von Eigenschaften eines Gegenstandes die Identität gewahrt bleibt.

Als Sachurteilssollgegenstand ist die Gesamtheit von Umständen, welche eine konkrete Tat ausmachen, samt ihrer etwaigen Subsumierbarkeit unter einem Verbrechensbegriff (oder — bei idealer Konkurrenz — unter mehrere Verbrechensbegriffe) und die Rechtsfolge, der materiell strafrechtliche Anspruch, welchen die Tat etwa nach sich gezogen hat, über welche das Gericht urteilen soll, zu urteilen verpflichtet ist, aufzufassen.

III. Kapitel.

§ 9. Über die Beziehung der Tat als Gegenstand der Klage und des Eröffnungsbeschlusses einerseits und der Tat als Urteilssollgegenstand andererseits. Identität des durch Klage und Eröffnungsbeschluß dem Gerichte aufgegebenen Gegenstandes mit dem Sachurteilssollgegenstand.[1])

Die „Identität der Tat" ist innerhalb eines Strafprozesses in vielfacher Hinsicht bedeutsam, nicht nur als Beziehung des Gegenstandes der Klage und des Eröffnungsbeschlusses zum Urteilssollgegenstand. Namentlich das Verhältnis des Gegenstandes der Klage einerseits zu dem Gegenstand des Eröffnungsbeschlusses andererseits und das Verhältnis der Gegenstände eines vor mehreren Instanzen sich abwickelnden Verfahrens kommt in Betracht.

Im folgenden soll hauptsächlich von der erstgenannten Beziehung die Rede sein: Es soll versucht werden, darzutun, von welchen Gesichtspunkten das Gericht sich leiten lassen muß, wenn es auf Grund der „Bezeichnung der Tat" in Anklage und Eröffnungsbeschluß den Gegenstand des Urteils bildet; der Begriff der strafprozessualen Einheit und sein Verhältnis zum Begriff der materiellstrafrechtlichen Einheit soll untersucht werden; ferner soll zu zeigen versucht werden, daß Identität (im strengen Sinne) der in Anklage und Eröffnungsbeschluß bezeichneten Tat mit der Tat als Sachurteilsgegenstand keines-

[1]) Vergl. zu folgendem namentlich Glaser, Das Verhältnis des Urteils zur Strafklage, in GS. Band 36 S. 81 ff.

wegs erforderlich ist, sondern vielmehr nur Identität mindestens eines den Gegenständen der Klage, des Eröffnungsbeschlusses und des Urteils gemeinsamen, als Handlungselement in Betracht kommenden Tatumstandes vorliegen muß; daß man aber gleichwohl, freilich in anderem Sinne, von strenger Identität der Tat im Strafprozeß sprechen kann.

Der § 264 StPO. drückt einen Prozeßrechtssatz aus, der etwas anordnet, wenngleich er, wie so viele Paragraphen der Strafprozeßordnung, in die erzählende Form gekleidet ist. Er bestimmt, was das Gericht zum Gegenstand des Urteils machen soll. Somit betrifft er den Urteilssollgegenstand, und da es sich um eine Tat handelt, den Urteilssollgegenstand Tat, den Sachurteilssollgegenstand.[2]) § 264 Abs. 1 lautet: „Gegenstand der Urteilsfindung ist die in der Anklage bezeichnete Tat, wie sie sich nach dem Ergebnisse der Verhandlung darstellt." Daß das Gericht nicht völlig an die Anklage (zu ergänzen: und den Eröffnungsbeschluß)[3]) gebunden ist, folgt schon aus den Worten: „wie sie sich nach dem Ergebnisse der Verhandlung darstellt". Der vom Gesetz gebrauchten Wendung liegt, wie es scheint, die

---

[2]) Daß es sich um ein Soll, eine Pflicht des Gerichts handelt, ist schon oft hervorgehoben worden. Vergl. z. B. Glaser, Handbuch des Strafprozesses Bd. 2 S. 551 „. . . die Anklage muß geprüft und erschöpfend geprüft werden, allein diese Prüfung ist in faktischer wie rechtlicher Hinsicht eine vollkommen freie". Ders. a. a. O. S. 35/36: „vollständige Erledigung der Anklage, allseitige Prüfung des Sachverhalts und der sich hieraus für die Strafbarkeit des Angeklagten ergebenden Konsequenzen ist nach dem heutigen Stande unserer Gesetze (§ 153 Abs. 2, §§ 204, 260, 263 d. und § 262 ö. StPO.) die unzweifelhafte Pflicht des Gerichts; ebenso aber die Beschränkung auf den Gegenstand der Anklage . . .". Vergl. a. die von Glaser in Anm. 15 Zitierten; vergl. ferner Eichhorn S. 403: „Wenn und soweit eine Straftat einer anderen rechtlichen Beurteilung unterliegt, ist es die Pflicht und Aufgabe des Richters . . ."; Ullmann, Lehrbuch, S. 491: „Es ist die wesentliche Aufgabe des Gerichts . . .". RGSt. 2 S. 15 u. 30 und Eichhorn S. 419 meinen, daß die Pflicht des Richters, andere Gesichtspunkte in den Kreis der Erörterung zu ziehen nur eine begrenzte und keineswegs obligatorische (!) sei. Richtig ist nur, daß, wenn ein Richter seiner Pflicht nicht nachkommt, diese Entscheidung wirksam werden kann. Aber auch die pflichtwidrige Entscheidung kann Wirksamkeit erlangen.

[3]) Vergl. Ben.-Beling S. 531 f.

Auffassung zu Grunde, daß zwischen der in der Anklage bezeichneten Tat einerseits und der Tat, welche Gegenstand des Urteils sein soll, andererseits Identität bestehe. Daraus würde folgen, daß das Gericht nur hinsichtlich der Eigenschaften der Tat, der adjektivischen Tatumstände von Anklage und Eröffnungsbeschluß abweichen dürfe, daß es aber an die als Handlungselemente in Betracht kommenden, an die substantivischen Tatumstände gebunden sei; denn wenn das Gericht auch hinsichtlich der substantivischen Tatumstände von Anklage und Eröffnungsbeschluß abwiche, so würde sich die in Anklage und Eröffnungsbeschluß bezeichnete Tat zu der Tat, welche das Gericht zum Gegenstand des Urteils macht, unter Umständen wie der Teil zum Ganzen verhalten, wäre also mit ihr keineswegs identisch. Eine allzu wörtliche Auslegung des Gesetzes müßte auch zu diesem Ergebnis führen. Das Gericht dürfte z. B., wenn A wegen Betruges angeklagt war, ihn nicht wegen Urkundenfälschung — sei es allein, sei es in idealer Konkurrenz mit Betrug — verurteilen. Es dürfte noch weniger, wenn Anklage und Eröffnungsbeschluß einen oder mehrere Einzelakte eines fortgesetzten Delikts bezeichnet hatten, weitere Einzelakte hinzunehmen; denn dann hätte es nicht die in der Anklage und im Eröffnungsbeschluß bezeichnete Tat zum Gegenstand des Urteils gemacht, sondern die Tat, über welche das Gericht urteilt, würde sich zu jener ersten Tat verhalten wie das Ganze zum Teil, enthielte mehr als Handlungselemente in Betracht kommende, substantivische Tatumstände als jene erste Tat, wäre also mit ihr ebenso wenig identisch als etwa eine Wohnung mit einem ihrer Räume.

Die Verfehltheit einer solchen engen, wörtlichen Auslegung ergibt sich aber schon aus dem Gesetze selbst:

§ 265 Abs. 2 StPO. bestimmt, daß der Angeklagte auf die Veränderung . . . besonders hingewiesen werden muß und ihm Gelegenheit zur Verteidigung gegeben werden muß, wenn erst in der Verhandlung solche vom Strafgesetz besonders vorgesehene Umstände behauptet werden, welche die Strafbarkeit erhöhen. Somit kann unter dieser Voraussetzung das Gericht auch hinsichtlich solcher Tatumstände von der Anklage und dem Eröffnungsbeschluß abweichen, welche die Strafbarkeit erhöhen. Arg. a fortiori: wenn die Anklage

und der Eröffnungsbeschluß sich auf solche Umstände nicht bezogen haben (ihr Gegenstand solche Umstände nicht enthalten hat), welche die Strafbarkeit vermindern, so kann das Gericht diese ohne weiteres zum Gegenstand des Urteils hinzunehmen. Es gibt nun aber qualifizierende Tatumstände, welche im Hinzutritt eines neuen Handlungselementes, eines neuen substantivischen Tatumstandes bestehen. So enthält z. B. der Einsteigdiebstahl gegenüber dem einfachen Diebstahl ein weiteres Handlungselement, einen neuen substantivischen Umstand. Die Handlung des ersteren besteht aus zwei Teilen (der eine stellt sich als ein Einsteigen dar, der zweite als ein Wegnehmen). Die Handlung des einfachen Diebstahls besteht lediglich aus dem letzteren Element des Einsteigdiebstahls. Ebenso liegt z. B. der Fall des § 307, Ziff. 3 d. StGB. Solche Umstände wie auch die Umstände, welche die Strafbarkeit vermindern, kann also das Gericht zum Urteilsgegenstand hinzunehmen; ja es hat sogar die Pflicht, dies zu tun, wenn sich die Umstände im Laufe der Hauptverhandlung herausstellen. So muß z. B. auch der Umstand, der das Handlungselement in folgendem Sachverhalt darstellt: der Täter hat den Brand, bevor derselbe entdeckt und ein weiterer als der durch die bloße Inbrandsetzung bewirkte Schaden entstanden war, wieder gelöscht, zum Urteilsgegenstand hinzugenommen werden. Es zeigt sich also, daß der Gegenstand des Urteils nicht nur die in der Anklage und im Eröffnungsbeschluß bezeichneten substantivischen Tatumstände sein sollen. Ein weiteres arg. a fortiori ergibt, daß das Gericht auch qualifizierende substantivische Tatumstände weglassen muß, welche Anklage und Eröffnungsbeschluß bezeichnet hatten, deren Fehlen sich aber im Laufe der Hauptverhandlung herausgestellt hat, während das Gericht das Gattungsdelikt für verwirklicht erachtet. Der Gegenstand, welchen die Anklage und der Eröffnungsbeschluß bezeichnen, kann sich also zu dem Gegenstand, welchen das Urteil betreffen soll, auch hinsichtlich der substantivischen Tatumstände, der als Handlungselemente in Betracht kommenden Tatumstände wie ein Kreis zu einem anderen, den er schneidet, verhalten. Erweitert man diese zunächst nur für qualifizierende und privilegierende substantivische Tatumstände geltende Regel im Wege der Analogie — der Sinn dieser Beschränkung wäre nicht einzusehen —, so gelangt man zu dem Ergebnis, daß dem Strafprozeßrecht entsprochen ist,

wenn der in Anklage und Eröffnungsbeschluß bezeichnete Gegenstand einerseits und der Gegenstand des Urteils andererseits auch nur ein substantivisches, als Handlungselement in Betracht kommendes Element gemeinsam haben. — Da § 264 Abs. 2 bestimmt, daß das Gericht an die Beurteilung der Tat, welche dem Beschluß über die Eröffnung des Hauptverfahrens zu Grunde liegt, nicht gebunden ist, könnte man geneigt sein, aus dieser Bestimmung einen ähnlichen Schluß zu ziehen, wie es eben aus § 265 Abs. 1 versucht worden ist. Der hier gewählte Weg dürfte aber der sicherere sein .

Die Verfehltheit einer allzu wörtlichen Auslegung des § 264 Abs. 1 ergibt sich weiterhin aus folgender Erwägung: wenn auch die Sätze des materiellen Strafrechts, deren Ausdruck die Strafgesetze sind, nicht lediglich an die Strafjustizbeamten gerichtet sind, wenn diese Personen auch nicht als einzige Adressaten dieser Rechtssätze anzusehen sind, so ist doch unbestreitbar, daß sie, und besonders die Richter, gehalten sind, diese Sätze anzuwenden. Die Anwendung der Sätze des materiellen Strafrechts wäre dem Richter aber zum Teil unmöglich gemacht, wollte man den § 264 Abs. 1 so eng auslegen; denn es ist ein Stück der Anwendung der Sätze des materiellen Strafrechts, daß man dasjenige als eine Tat ansieht, was auch der Strafrechtsordner als eine Tat ansieht. Der Richter, der gezwungen wäre, nur diejenigen als Handlungselemente in Betracht kommenden Tatumstände zum Gegenstand der Urteilsfindung zu machen, welche Anklage und Eröffnungsbeschluß bezeichnen, müßte also gegebenenfalls über Ereignisse urteilen, welche im Sinne des Strafrechts überhaupt keine Taten sind, sondern nur Stücke von solchen. Der Rechtsordner will aber ganz gewiß nicht haben, daß an Stelle von Taten Teile von solchen zum Gegenstand des Urteils gemacht werden. Der Richter ist vielmehr, wie schon oben ausgeführt worden ist, gehalten, das menschliche Verhalten, das ihm als Straftat entgegentritt, „mit den Augen des Strafrechtsordners“ zu betrachten. Was der Strafrechtsordner als eine Tat, als eine Tateinheit ansieht, das muß auch für den urteilenden Richter eine Einheit, eine Tat sein. Der Richter, welcher nur Teile einer Tat zum Gegenstand seines Urteils machen würde, würde gegen jenen Rechtssatz verstoßen, welcher ihn verpflichtet, das materielle Strafrecht anzuwenden. Ausnahmen von dieser letzt-

erwähnten Rechtsnorm kann man nur anerkennen, soweit sie sich unzweideutig aus dem Strafprozeßrecht ergeben. Dahin gehört z. B. das Fehlen eines Antrags, wenn ein Antragsdelikt in idealer Konkurrenz mit einem Offizialdelikt vorliegt (davon wird unten noch die Rede sein). Wenn also z. B. Anklage und Eröffnungsbeschluß zwei Einzelfälle eines fortgesetzten Delikts bezeichnet hatten, im Laufe der Hauptverhandlung sich aber herausstellt, daß noch vier weitere Einzelfälle vorliegen, so hat das Gericht nach jenem Rechtsanwendungsimperativ die Pflicht, diese aus sechs Einzelfällen zusammengesetzte Tateinheit im materiell strafrechtlichen Sinne zum Gegenstand seines Urteils zu machen; es würde gegen die genannte Rechtsnorm verstoßen, wenn es sich auf die beiden in Anklage und Eröffnungsbeschluß bezeichneten Fälle beschränken wollte; denn dann würde es nicht eine Tat zum Gegenstand des Urteils machen, sondern nur einen Teil einer Tat.

Die Sätze des materiellen Strafrechts sind es also, welche die Einheit der Tat in erster Linie bestimmen.[4]) Das Gericht ist also gehalten, die Gesamtheit derjenigen Tatumstände, welche seiner Überzeugung nach mit mindestens einem in Anklage und Eröffnungsbeschluß bezeichneten, als Handlungselement in Betracht

---

[4]) Vergl. Ben.-Beling: „Welche Einzeltatsachen zusammengehörend den „historischen Vorgang" bilden, beantwortet sich an Hand des materiellen Strafrechts." Ders., Archiv für Militärrecht 2, S. 338: Der Prozeßgegenstand umfaßt also das in der Klage bezeichnete und die mit ihm tateinheitlich verbundenen Stücke aus dem Leben des Beschuldigten. S. auch W. Mittermaier, Z. f. Stwiss. 21, S. 230 ff., bes. S. 232. Vergl. ferner Rosenfeld, der Reichsstrafprozeß 4. u. 5. Aufl. S. 167: „Unter der „Tat" haben wir zu verstehen jede einem Beschuldigten zur Last gelegte Handlung in derjenigen äußeren Gestaltung des gesetzlichen Tatbestandes, wie sie sich nach dem jeweiligen Ergebnis des Verfahrens darstellt." Anm. 22: „Zu Grunde zu legen ist also nicht der viel weitere Begriff des gesamten „Vorganges" . . ."

Wohl zu eng Binding Abhandl. Bd. 2 S. 333: „Der tatsächliche Klagegrund kann stets nur einer Teiländerung bei Festhaltung der ursprünglichen Delikts- (nicht Verbrechens-) gattung unterworfen werden." Vergl. auch Glaser, Handbuch 2 S. 40: „In all diesen Fällen können folgende Varianten eintreten: a) die Strafklage lautet auf eine Verbrechenseinheit ohne Angabe bestimmter Einzelakte"; dazu Anm. 21 — m. E. unzutreffend —: „die Möglichkeit einer Strafklage, die einfach dahin geht: die A habe mit B Ehebruch getrieben, wird

wohl kaum bestritten werden . . ."; „b) Die gleiche Klage gibt Einzeltatsachen an, allein es treten noch andere oder nur andere hervor" — letzteres m. E. unzutreffend —; „c) Umgekehrt die Strafklage ist auf einfaches Delikt gerichtet, der Gegenstand der Anklage wird aber als Element einer Verbrechenseinheit erkannt. Überall hier ist durch die Strafklage die gesamte objektiv vorhandene Verbrechenseinheit, gleichviel ob die Anklage sie erkannte oder verkannte, ob sie alle objektiv vorhandenen Akte aufzählte oder nicht, zum Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung gemacht. — Hat die Strafklage umgekehrt als Einzelakte eines einheitlichen Verbrechens Taten bezeichnet, welche dies nicht sind, sondern selbständige, reell konkurrierende Delikte, so gelangen als solche alle so ausdrücklich erwähnten Taten trotz der Lösung der juristischen Einheit zur Aburteilung." Hieran ist nur die „objektiv vorhandene Verbrechenseinheit" nicht anzuerkennen; man denke z. B. an den Fall, daß A angeklagt war, mit der B am 5., 7. und 9. Mai die Ehe gebrochen zu haben, im Laufe der Verhandlung Anzeichen dafür hervortreten, daß auch am 10., 12. und 14. gleichartige Handlungen begangen worden sind, und daß sich schließlich herausstellt, daß die ganze Tat frei erfunden ist; hier liegt eine Tateinheit vor, die zwar nicht objektiv vorhanden ist, dennoch aber den Sachurteilssollgegenstand bildet.

Vergl. ferner Glaser a. a. O. S. 41/42: „so kann es geschehen, daß sich ein Zusammenhang zwischen dem ausdrücklich bezeichneten Gegenstand der Strafklage und einem Vorfall zeigt, der räumlich und zeitlich ganz von demselben getrennt ist, jedenfalls nicht in natürlichem Sinne zu ihm gehört, aber als in jenem mitenthalten oder zu dessen richtiger Beurteilung unentbehrlich erkannt wird". Derselbe S. 43: „Materiell voneinander verschieden können zwei Tatsachen, eine in der Strafklage behauptete und eine im Beweisverfahren hervorgetretene, juristisch zu einer Einheit zusammengeschlossen sein."

Vergl. a. Löwe S. 590: „Nach der zutreffenden Ansicht von Binding . . . kommt es darauf an, ob derselbe Tatbestand, wenn einzelne Merkmale beigefügt oder ausgeschaltet werden, sämtliche Begriffsmerkmale eines anderen Delikts enthält." S. hierzu und zum folgenden die (mir erst nachträglich zugegangene) Schrift Grünhuts, Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht, besonders S. 10: „. . . soweit der Begriff der natürlichen Handlung vorjuristische Voraussetzung eines jeden gesetzlichen Tatbestandes ist, wird er mitbestimmt durch normative Faktoren."; S. 11/12: „Aber gerade für die zweifelhaften Grenzfälle versagt dieses Unterscheidungsmerkmal" („natürliche" Kriterien für die Unterscheidung von Einheit und Mehrzahl von Handlungen); S. 12 wendet sich Grünhut gegen die Bemühungen, die Einheitlichkeit der Handlung auf die Einheitlichkeit des zugrundeliegenden Willens zurückzuführen; S. 12: „Es gibt keine Handlungen an sich, sondern nur in Bezug auf bestimmt geartete Beurteilungen. So lautet für den Kriminalisten die Fragestellung: eine oder mehrere Handlungen in Bezug auf welche Tatbestände?"; S. 13: „Ein Verhalten erscheint in Bezug auf zwei gesetzliche Tatbestände als eine Handlung, wenn einzelne Akte dieses Verhaltens unter Tatbestandsmerkmale beider Deliktstypen subsumierbar sind."; S. 14: Kein Ne bis in idem, wenn kein Einzelakt aus dem Verhalten des Täters zugleich Tatbestandsmerkmalen beider

Delikte unterfällt; S. 14: „Ob ein Verhalten eine Handlung ist, hängt davon ab, ob es Elemente enthält, die einer doppelten juristischen Beurteilung fähig sind.“ Wenn Grünhut dieses Verfahren als „normative Methode“ bezeichnet, so rührt dies daher, daß er mit dem Worte „normativ“ einen wohl sehr weiten Sinn verbindet, wie es ja so häufig geschieht.

Unrichtig ist es, wenn, wie es häufig geschieht, der Wille als maßgebend für den Umfang der Tateinheit hingestellt wird. Vergl. z. B. Eichhorn S. 420: „Identität der Handlung liegt vor, wo Wille und Tat hier wie dort dieselben sind.“; Lang S. 43: „Die Identität des Willens allein bestimmt also Umfang und Identität der strafbaren Handlung . . .“ Vergl. aber auch denselben S. 50 f. (widersprechend); Max Berner, ne bis in idem S. 52 ff.; RGSt. 3, S. 344; 7 S. 139; s. auch Doerr, Das fortgesetzte Delikt, bes. §§ 16 ff. Die Einheit der Tat und somit der Sachurteilssollgegenstand — mit einer später zu besprechenden Einschränkung — bestimmt sich nach den Sätzen des materiellen Strafrechts. Was der Strafrechtsordner als eine Tat, eine Einheit in seinem Sinne ansieht, das ist auch für den Richter, der die Pflicht hat, dem Rechtsanwendungsimperativ zu gehorchen, eine Einheit; die maßgebenden Sätze des materiellen Strafrechts sind hier freilich nicht zu besprechen; denn hier handelt es sich um das prozessuale Problem Identität der Tat, nicht um materiellrechtliche Probleme der Einheit der Handlung der Verbrechen; es genügt, wenn auf diese Sätze hingewiesen und aufzuzeigen versucht wird, in welcher Weise der Begriff der strafprozessualen Einheit „Tat“ vom Begriffe der materiellrechtlichen Einheit, der Handlungseinheit abhängig ist. Der letztere Begriff, das eine Glied der Relation: Handlungseinheit — Tat, wird dabei vorausgesetzt. (In den §§ 3 u. 4 der vorliegenden Arbeit ist versucht worden, darzutun, daß es keinen von den Verbrechensbegriffen unabhängigen Begriff „Tat“ geben kann.) Es sind also insbesondere der Begriff des Kollektivdelikts und der Unterschied zwischen den Fällen der idealen und denen der realen Konkurrenz hier nicht zu erörtern. Erstere liegt, dies darf vielleicht beiläufig bemerkt werden, hinsichtlich mehrerer Verbrechen nicht nur dann vor, wenn mindestens ein identisches Handlungselement unter jeden von mehreren gesetzlichen Tatbeständen subsumierbar ist — eine Formel, die für die praktisch vorkommenden Fälle wohl genügen dürfte — sondern — auch solche Fälle sind denkbar — auch schon dann, wenn etwa nur ein Handlungselement (a) den Verbrechensbegriffen A und B und nur ein anderes Handlungselement (b) den Verbrechensbegriffen B und C unterfällt, und zwar hinsichtlich der drei Delikte. (X hat z. B. eine Urkundenfälschung in der Weise begangen, daß er den Lithographen Y durch die Drohung, ihn, wenn er sich widersetzte, zu töten, zur Anfertigung der Urkunde veranlaßte, und das Gebrauchmachen von der Urkunde seitens des X stellt sich auch als Betrug dar.)

Auch das historische Vorkommnis, dessen Einheit oder Mehrheit — wie oben ausgeführt worden ist, enthält der Begriff Vorkommnis überhaupt kein Kriterium für die Einheit der von ihm gemeinten Gegenstände —, ist für den Sachurteilssollgegenstand überhaupt und destomehr für die Einheit der Tat gleichgültig — s. o. § 3 Anm. 1 —.

kommenden Tatumstand eine Tateinheit[5]) im materiell strafrechtlichen Sinne bilden, zum Gegenstand seines Urteils zu machen (mit einer gleich unten zu besprechenden Einschränkung).

Es zeigt sich also, daß Identität der Tat im strafprozessualen Sinne keineswegs Identität des Gegenstandes der Anklage und des Eröffnungsbeschlusses einerseits und des Gegenstandes der Urteilsfindung, des Sachurteilssollgegenstandes andererseits bedeutet; auch nicht Identität des Gegenstandes eines Sachurteils, eines Sachurteilsistgegenstandes einerseits und des Gegenstandes einer weiteren Strafverfolgung andererseits. Denn so, wie Taten von Anklage und Eröffnungsbeschluß und vom Urteil bezeichnet werden, ist es sehr wohl möglich, daß sie sich auch hinsichtlich der substantivischen Tatumstände, der als Handlungselemente in Betracht kommenden Tatumstände, wie zwei sich schneidende Kreise verhalten, daß sie

[5]) Neben der mit dem historischen Vorkommnis operierenden Formel findet sich in den Entscheidungen des Reichsgerichts auch folgende: „nach den vom Reichsgericht für die Grenzen zulässiger Klageänderung anerkannten Grundsätzen liegt vielmehr Identität der Tat im Sinne der §§ 263, 264 StPO. überall vor, sobald das im Eröffnungsbeschluß gekennzeichnete historische Vorkommnis in seinen wesentlichsten Elementen auch den Kern und Mittelpunkt der neuangeklagten Tat bildet, sobald also (?) zwischen der letzteren und der Substanz des Eröffnungsbeschlusses die Unterstellung real konkurrierender Delikte schlechthin ausgeschlossen erscheint". (RGSt. 15, S. 136). Der letzte Teil dieser Formulierung dürfte auf Glaser zurückgehen: „Der Gegenstand des Urteils und der der Strafklage sind also identisch, wenn sie nicht zwei Begebenheiten bilden, die . . . nur in realer Konkurrenz nebeneinander bestehen können" — a. a. O. S. 43 —; ferner: „die Grenzlinie bildet auch hier der Fall, wo dieses Verhältnis sich auf reale Konkurrenz beschränkt hat" — a. a. O. S. 43. — Es ist charakteristisch, daß, wie auch in der Formel Belings, in der Formel des Reichsgerichts die Einheit des „historischen Vorkommnisses" nach der Einheit der Tat im strafrechtlichen Sinne bestimmt wird. Aber die negative Formulierung, die sich bei Glaser und beim Reichsgericht findet, ist deshalb nicht zutreffend, weil die Unterstellung real konkurrierender Delikte zwischen zwei Taten auch aus anderen Gründen als deshalb, weil die beiden ein Handlungselement gemeinsam enthalten, ausgeschlossen sein kann, z. B. wegen Gesetzeskonsumtion (Diebstahl und Hehlerei; diese beiden Delikte als Taten eines Menschen am selben Objekt können nicht in realer Konkurrenz vorkommen, denn sie stehen im Verhältnis der Gesetzeskonkurrenz; gleichwohl enthalten sie kein gemeinsames Handlungselement und eine so weitgehende Klageänderung wäre ausgeschlossen; — anders freilich das Reichsgericht und auch einige Schriftsteller — allerdings nicht unter Anwendung der genannten Formel, sondern veranlaßt durch das „historische Vorkommnis").

also zwar ein oder einige Handlungselemente gemeinsam haben, im übrigen aber verschiedene derartige Elemente enthalten. Dann aber kann ihr Verhältnis nicht mehr als das der Identität angesehen werden; sie sind dann genau so wenig identisch, wie z. B. eine Wohnung mit einem ihrer Räume. Zwischen diesen Gegenständen besteht keine Identität — oder braucht keine Identität zu bestehen —; Identität besteht vielmehr nur hinsichtlich eines (oder einiger) den beiden Gegenständen gemeinsamen als Handlungselement in Betracht kommenden (substantivischen) Tatumstandes. So kann als bisheriges Ergebnis über das Verhältnis zwischen der in Anklage und Eröffnungsbeschluß bezeichneten Tat einerseits und der Tat der Urteilsfindung, d. i. dem Sachurteilssollgegenstand andererseits festgestellt werden: Das Gericht muß jedenfalls an einem in Anklage und Eröffnungsbeschluß gemeinsam [6]) bezeichneten Tatumstand, welcher als Handlungselement in

---

[6]) Da erforderlich ist, daß sowohl Anklage als auch Eröffnungsbeschluß die Tat, welche Gegenstand der Urteilsfindung ist, bezeichnen — § 264 spricht zwar nur von der Anklage, aber „man ist einverstanden darüber, daß sich das Gesetz hier im Ausdruck vergriffen hat, insofern statt der „Anklage" der Eröffnungsbeschluß gemeint ist. Da jedoch Anklage und Eröffnungsbeschluß nur zwei Hälften eines Ganzen sind, so ist nicht zu bezweifeln, daß nur die von beiden in zusammenstimmender Weise bezeichnete Strafsache den Gegenstand der Entscheidung bildet". Ben.-Beling S. 531/532 —, da aber immerhin Abweichungen vorkommen können, müßte noch eine scharfe Grenze zwischen der „in zusammenstimmender Weise bezeichneten Strafsache" einerseits und den nicht mehr in zusammenstimmender Weise bezeichneten Strafsachen andererseits bestimmt werden, eine Grenze zwischen erheblichen und unerheblichen Abweichungen. Es liegt nahe, das für das Verhältnis zwischen Gegenstand der Anklage und des Eröffnungsbeschlusses einerseits und dem Sollgegenstand des Sachurteils andererseits Ausgeführte — ein „Zusammenstimmen" zwischen ersteren beiden Gegenständen wurde dabei freilich stillschweigend vorausgesetzt — auch für das Verhältnis von Gegenstand der Anklage einerseits und Gegenstand des Eröffnungsbeschlusses andererseits analog anzuwenden, d. h. das Erfordernis aufzustellen, daß beiden Gegenständen mindestens ein als Handlungselement in Betracht kommender (ein substantivischer) Tatumstand gemeinsam sein muß (also auch viel weniger als Identität der beiden Gegenstände; lediglich Identität eines in beiden Gegenständen enthaltenen, als Handlungselement in Betracht kommenden Tatumstandes). Dieses Erfordernis dürfte genügen. Nur muß dann später gerade dieser Tatumstand auch im Sachurteilssollgegenstand enthalten sein, sonst würde das Urteil nicht „die" von Anklage und Eröffnungsbeschluß in „zusammenstimmender Weise bezeichnete" Tat betreffen. Ist nicht einmal ein

Betracht kommt,[7]) festhalten; es muß aber alle jene Tatumstände hinzunehmen, aus welchen sich, zusammen mit jenem mindestens einem als Handlungselement in Betracht kommenden Tatumstand eine Tateinheit im materiellrechtlichen Sinne bilden läßt.

Die Unterscheidung zwischen substantivischen und adjektivischen Tatumständen, zwischen Tatumständen, welche als Handlungselemente in Betracht kommen, und Tatumständen, welche lediglich als Eigenschaften (im weitesten Sinne) der Handlung in Betracht kommen, ist wesentlich. Gerade ein als Handlungselement in Betracht kommender Tatumstand muß dem Gegenstand der Klage, dem Gegenstand des Eröffnungsbeschlusses und dem Gegenstand des Urteils gemeinsam sein. Es genügt nicht, wenn z. B. lediglich das Objekt der Taten den genannten Gegenständen gemeinsam ist. So kann eine auf Diebstahl des X an der Sache a lautende Klage nicht zur Folge haben, daß das Gericht, wenn es z. B. findet, daß nicht X, sondern Y den Diebstahl begangen hat, nunmehr den X wegen Hehlerei an der Sache a verurteilt. Noch viel weniger kann etwa jemand, der wegen Nichtanzeige eines drohenden Verbrechens des Mordes angeklagt ist, wegen dieses Mordes verurteilt werden; auch der wegen Anstiftung oder Beihilfe zu einem Verbrechen Angeklagte kann in aller Regel nicht wegen der Haupttat verurteilt werden und umgekehrt. Ebenso kann derjenige, welcher wegen einer ein delictum sui generis bildenden Vorbereitungshandlung angeklagt

als Handlungselement in Betracht kommender Tatumstand dem Gegenstand der Anklage und dem Gegenstand des Eröffnungsbeschlusses gemeinsam oder kann das erkennende Gericht an diesem Umstand nicht festhalten (weil es z. B. gerade von seinem Vorliegen nicht überzeugt ist, während es andere als Handlungselemente in Betracht kommende Tatumstände für vorliegend erachtet, diese anderen aber nur von der Anklage oder nur vom Eröffnungsbeschluß bezeichnet sind), so kann ein Sachurteil nicht ergehen — es fehlt an einer Sachurteilsvoraussetzung. Vergl. Löwe S. 591. Das gleiche gilt, wenn die „Tat", d. h. mindestens dieser eine als Handlungselement in Betracht kommende Tatumstand, nicht so genau bezeichnet ist, daß sie bzw. er als eindeutig bestimmt sich darstellt, d. h. kein Anlaß besteht, durch den Inhalt der sie bzw. ihn betreffenden Klage und des Eröffnungsbeschlusses an mehrere Taten zu denken.

[7]) Ob er auch unter das Verbrechensbegriffsmerkmal Handlung subsumierbar ist, also ein Handlungselement darstellt, ist nicht wesentlich; z. B. Freisprechung, weil die Tat keine Handlung ist; es genügt, wenn der betreffende Umstand als Handlungselement in Betracht kommt.

war, nicht wegen desjenigen Verbrechens verurteilt werden, im Verhältnis zu welchem das andere als Vorbereitungshandlung erscheint.[8]) Denn in allen diesen Fällen wird den beiden Gegenständen kein substantivischer, kein als Handlungselement in Betracht kommender Tatumstand gemeinsam sein — in aller Regel, denn es kann sein, daß wirklich ein und derselbe Tatumstand oder eine und dieselbe Gesamtheit von Tatumständen das eine Mal z. B. als Anstiftung, das andere Mal als Haupttat oder das eine Mal als Anstiftung, das andere Mal als Beihilfe aufgefaßt worden sind, oder daß doch wenigstens in den Komplexen, welchen diese beiden verschiedenen rechtlichen Qualifikationen beigelegt werden, ein gemeinsamer, als Handlungselement in Betracht kommender Tatumstand enthalten ist; das wird z. B. zutreffen, wenn, was früher als Anstiftung angesehen worden ist, nunmehr als mittelbare Täterschaft oder als Beihilfe durch Rat aufgefaßt wird; in allen anderen solchen Fällen wird aber den mehreren Gegenständen kein substantivischer Tatumstand gemeinsam sein. Das liegt daran, daß eine Einheit im materiellrechtlichen Sinne lediglich nach den Sätzen des materiellen Strafrechts und nicht etwa nach anderen rechtswissenschaftlichen Begriffen[9]) zu bestimmen ist.

Nach dem Gesagten kommt es also darauf an, daß dem Gegenstand der Anklage, dem des Eröffnungsbeschlusses und dem der Urteilsfindung mindestens ein als Handlungselement in Betracht kommender Tatumstand gemeinsam ist, also identisch ist. Wir haben es also, was diese Gegenstände anlangt, lediglich mit Identität eines ihrer Elemente, nicht mit Identität dieser Gegenstände selbst zu tun. Nun ist aber die Feststellung, ob diesem Erfordernis genügt ist, ob also ein als Handlungselement in Betracht kommender Tatumstand identisch ist, nicht immer eine leichte Aufgabe. Es läßt sich nämlich nicht immer mit Sicherheit feststellen, ob dieser fragliche (mindestens eine) als Handlungselement in Betracht kommende individuelle Tatumstand sowohl durch den ersten wie auch durch den zweiten Vorstellungsinhalt eindeutig bestimmt sei.

---

[8]) Vielfach anders die herrschende Lehre und das Reichsgericht; in den meisten der eben angeführten Fälle wird gewöhnlich „Identität" ohne weiteres angenommen, m. E. unzutreffenderweise.

[9]) Vergl. z. B. Belings Begriff des weiteren Tatbestandes, L. v. V. S. 246 ff

Hat man Anlaß, durch einen dieser Inhalte oder gar durch beide an eine Mehrheit von gleichartigen Umständen zu denken?[10]) Man denke z. B. an folgende Vorstellungen: 1. A hat am 12. Oktober 1925 auf dem Hauptbahnhof in München einer Frau eine Handtasche weggenommen; 2. A hat am 14. Oktober . . . mit Gewalt weggenommen. Ist der hier (substantivische) als Handlungselement in Betracht kommende Tatumstand, welcher sich, unter Hinzunahme seiner Eigenschaften, als Wegnehmen einer Handtasche darstellt, den Gegenständen der beiden Vorstellungsinhalte gemeinsam? Man wird geneigt sein, dies zu bejahen, und der verschiedenen Zeitangabe keine allzu große Bedeutung beizumessen. Dies ändert sich aber, wenn man z. B. erfährt, daß die Anklage gegen A aus Anlaß einer am 13. Oktober erfolgten Anzeige erhoben worden ist, die in der Hauptverhandlung vernommene Zeugin B aber mit großer Bestimmtheit dabei beharrt, daß die Tat am 14. Oktober stattgefunden habe; dann hat man eben Anlaß, durch beide Vorstellungsinhalte an zwei Taten zu denken. Oder: „In einem Flusse war die Leiche eines neugeborenen Kindes gefunden worden; der Verdacht der Kindestötung hatte sich auf die Dienstmagd A gelenkt, und da sie geständig, war sie verurteilt worden. 16 Jahre später wird in dem Hause, in dem die A seinerzeit bedienstet gewesen war, die Leiche eines durch Ersticken getöteten Kindes gefunden; es stellt sich heraus, daß dieses das von der A seinerzeit getötete Kind ist. Die A begehrt Wiederaufnahme des Verfahrens und Freisprechung hinsichtlich der Tötung des im Wasser gefundenen Kindes nebst Entschädigung für schuldlos erlittene Bestrafung mit der Begründung, daß die Tat, die sie begangen habe, verjährt sei, die Tat aber, wegen deren sie verurteilt worden sei, von ihr gar nicht begangen worden sei.“[11]) Hier wird man die Identität der Tat zweifellos bejahen. Wie aber, wenn sich weiterhin herausstellt, daß die A das Kind, dessen Leiche im Hause gefunden worden ist, zwei Tage später getötet hat, als die Leiche des Kindes im Fluß gefunden worden war (der Dienstgeber der A war damals verreist; der Behauptung der A, daß sie erst später niedergekommen sei, als seinerzeit angenommen wurde, war in dem da-

[10]) Vergl. oben § 4.

[11]) Nr. 192 der Fälle aus dem Strafprozeßrecht von Beling.

maligen Prozeß kein Glauben geschenkt worden; nunmehr wird dies aber auf einwandfreie Weise bestätigt)? Wie, wenn sich ferner noch herausstellte, daß die A auch das Kind, dessen Leiche im Fluß gefunden worden war, getötet hat, welches das Kind ihrer Freundin B war, die einige Tage vor der A niedergekommen war (etwa auf Anstiftung der B)? Dann hätte man eben Anlaß, an mehrere Taten zu denken und würde die „Identität" mit ebensolcher Bestimmtheit verneinen, als man sie, bevor man diese weiteren Umstände kannte, bejaht hat.

Der Grund dieser Schwierigkeit liegt nicht etwa im Begriffe der Identität überhaupt, sondern vielmehr darin, daß es nur sehr selten möglich ist, den Gegenstand einer Vorstellung durch diese Vorstellung als einen individuellen absolut eindeutig zu bestimmen, d. h. so zu bestimmen, daß der logische Umfang dieser Vorstellung Eins ist.[12]) Die eindeutige Bestimmung aber ist, wie oben (§ 4) zu zeigen versucht worden ist, eine notwendige Voraussetzung für die Frage der Identität.[13])

Wenn ich einen Namen aussprechen höre, der mir erst einmal im Leben entgegengetreten ist, und zwar als der Name eines Helden eines Romans, so nehme ich sofort die Identität dieses Romanhelden mit der Person, von der eben gesprochen wird, an. Höre ich dann aber, daß der Sprecher die Absicht hat, einen Roman zu schreiben, in welchem eine Person gleichen Namens vorkommt, so wird mir sofort klar, daß es sich um zwei Personen und nicht um eine identische Person handelt. Ich habe dann eben Anlaß, an zwei Personen zu denken.

Es zeigt sich also, daß die Identität der Tat im Strafprozeß in den allermeisten Fällen, an objektiven Maßstäben gemessen, nur eine hypothetische, eine mögliche Identität sein wird. Die subjektive Gewißheit, welche in den allermeisten Fällen wohl gegeben sein wird, muß eben genügen. In allen jenen Fällen nun,

---

[12]) Vergl. Höfler, Logik.

[13]) Dabei sei hier nochmals betont, daß es für die Frage der Identität gleichgültig ist, ob der Gegenstand der Vorstellungen ein „historischer" ist. In den eben genannten Fällen mögen alle Vorkommnisse erdichtet sein (das „Sich-herausstellen" mag Schein sein), an der Frage der Identität als solcher ändert sich darum nichts.

in welchen der Richter zweifelt, ob „Identität" der Tat gegeben sei oder nicht, ob die Tat, so wie sie sich nach dem Ergebnisse der Hauptverhandlung darstellt, „identisch" ist mit der Tat, welche Anklage und Eröffnungsbeschluß bezeichnen, ist Einstellung des Verfahrens geboten.[14]) Dasselbe gilt für die Fälle, in denen der Richter zweifelt, ob die Tat, welche Gegenstand der Hauptverhandlung ist, „identisch" sei mit einer Tat, welche Gegenstand eines früheren Urteils war. Aber diese Fälle dürften praktisch nur sehr selten sein.

Es kann aber sein, daß das Gericht durch Rechtssätze, welche dem Prozeßrecht angehören, gehindert ist („rechtlich gehindert ist"), die Tateinheit im materiellrechtlichen Sinne ihrer ganzen Ausdehnung nach zu würdigen; es kommen hier z. B. die Zuständigkeit eines Sondergerichts, Auslieferungssachen, der Mangel eines Strafantrages in Betracht.[15]) Diese Umstände, welche das Gericht aus solchen Gründen nicht würdigen darf, gehören jedenfalls nicht zum Sachurteilssollgegenstand. Dieser setzt sich vielmehr dann nur aus jenen (verbleibenden) Umständen zusammen, für welche ein solches Hindernis nicht besteht. Es ist daher zu der obigen Bestimmung des Sachurteilssollgegenstandes noch der Zusatz zu machen: soweit das Gericht nicht durch Prozeßrechtssätze beschränkt ist. Diese Beschränkung bedeutet, daß die Tat als prozessuale

---

[14]) Vergl. Anm. 5.

[15]) Vergl. Beling, Lehre vom Verbrechen § 46 (Prozessuale Zerreißung der Tateinheit); Löwe, S. 363 ff., S. 593 f. RGSt. Ferner die bei Löwe a. a. O. zitierten Schriftsteller und Entscheidungen. Was die von Löwe vertretene Ansicht anlangt (S. 364 f.), der Mangel eines Strafantrags sei kein rechtliches, sondern ein tatsächliches Hindernis, so ist dies unrichtig; denn es liegt hier ein rechtliches Verbot eines Sachurteils betreffend die Tat als Antragsdelikt vor. Tatsächlicher Natur ist nur die Voraussetzung für das Platzgreifen dieses rechtlichen Verbotes, nämlich das Fehlen des Strafantrages selbst — wie die meisten Rechtsfolgen, wenn nicht alle, so ist auch diese Rechtsfolge, das Platzgreifen des Verbots, nicht voraussetzungslos —; Rechtsgrund und Rechtsfolge sind stets scharf zu trennen. Mit derselben Berechtigung könnte man auch die Zugehörigkeit der Tat zur Zuständigkeit eines Sondergerichts, die Löwe als rechtliches Hindernis anerkennt (S. 364) als tatsächliches Hindernis bezeichnen, denn auch sie geht letzten Endes auf Tatsachen als konkrete Rechtsvoraussetzungen zurück. Richtig Reiffel G.Arch. 44 S. 130. Zutreffend auch die Kritik Eichhorns, bes. S. 448, an den Entscheidungen des Reichsgerichts.

Einheit, als Sachurteilssollgegenstand, enger sein kann als die Tat, die Handlung im materiellrechtlichen Sinne, die materiellrechtliche Einheit; die erstere ist dann (bei Vorliegen solcher Beschränkungen) nur ein Teil der materiellrechtlichen Einheit. Die prozessuale Zerreißung der materiellrechtlichen Einheit bedeutet die Schaffung einer neuen Einheit (oder neuer Einheiten), der prozessualen Einheit. Dadurch entsteht freilich in gewissem Sinne ein Zwiespalt mit dem materiellen Recht. Denn der Richter ist so unter Umständen gezwungen, über bloße Teile von Taten im materiellrechtlichen Sinne zu urteilen. In solchen Fällen erleidet eben der Rechtsanwendungsimperativ Ausnahmen.

Eine weitere Einschränkung ergibt sich aus folgender Überlegung: das Gericht hat zwar die Pflicht, mit aller Sorgfalt die Möglichkeit zu erwägen, daß noch andere als die in der Anklage und im Eröffnungsbeschluß bezeichneten Tatumstände zu dieser Tat als einer materiellen Einheit gehören können. § 264 StPO. setzt eine ordnungsmäßige Hauptverhandlung voraus. Aus dem Geiste der Strafprozeßordnung ergibt sich, „daß die Hauptverhandlung nicht lediglich eine Verhandlung über die in der Anklage enthaltenen Ausführungen sein solle, daß vielmehr gerade sie die eigentliche Untersuchung darstelle und daß daher in ihr die wahre Beschaffenheit der den Gegenstand der Anklage bildenden Tat zu ermitteln und festzustellen sei".[16]) Aber man kann dem Gericht nicht mehr zur Pflicht machen, als menschenmöglich ist. Es kann sein, daß in Wahrheit Umstände vorliegen, welche mit den in der Anklage und im Eröffnungsbeschluß bezeichneten Umständen eine materiellrechtliche Einheit bilden, daß es aber gänzlich fernlag, aus den letzteren, dem Gericht bekannten Umständen auf eine, wenn auch nur entfernte Möglichkeit des Vorliegens der ersteren Umstände zu schließen. Wenn nun diese nicht entfernt annehmbaren Umstände der Tat einen ganz anderen Charakter verleihen, sodaß sie z. B. früher nur als Übertretung, jetzt aber, nach Hinzunahme dieser anderen Umstände als schweres Verbrechen sich darstellt, so wird auch hier eine Einschränkung zu machen sein: auch diese Umstände, auf welche auch der sorgfältigste Richter

[16]) Löwe, S. 590; vergl. dens. S. 362.

nicht hätte schließen können, gehören nicht zum Sachurteilssollgegenstand. Wenn also z. B. ein Schuß, der sich nur als eine Übertretung im Sinne des § 367 Ziff. 8 oder des § 368 Ziff. 7 des StGB. darstellt, in Wahrheit eine Anstiftungshandlung zu Mord oder Hochverrat ist (verabredetes Zeichen),[17]) so kann man nicht sagen, daß auch jene Umstände, welche der Tat diesen Charakter geben, zum Sachurteilssollgegenstand gehören, daß sich die Prüfung des Gerichts auch auf sie hätte erstrecken sollen, vorausgesetzt natürlich, daß keine Unvorsichtigkeit unterlaufen ist, daß auch ein alle Sorgfalt anwendender Richter zur Annahme jener Umstände nicht veranlaßt gewesen wäre. Zu erwägen wäre nur, wie weit etwa Fehler der Staatsanwaltschaft und des beschließenden Gerichts fortwirken auf den Sachurteilssollgegenstand. Es ist denkbar, daß es jenen bei Anwendung der nötigen Sorgfalt möglich gewesen wäre, die Tat in ihrer wahren Beschaffenheit zu erfassen, was nun dem Gericht nicht möglich ist trotz Anwendung aller Sorgfalt. Auch in diesen Fällen wird also die prozessuale Einheit, die Tat als Sollgegenstand des Sachurteils enger sein, als die materiellrechtliche Einheit.

[17]) Solche Fälle sind es, welche seit langem, besonders in der Praxis, eine lebhafte Auflehnung gegen die weite Ausdehnung, welche das Reichsgericht dem Satze ne bis in idem — eigentlich nur dem idem — gibt, hervorgerufen hat. Eine Hebamme, angeklagt aus § 222 Abs. 2 StGB., berief sich auf eine bereits vor eingeleiteter Untersuchung stattgehabte Entscheidung des Schöffengerichts, wonach sie des unkonzessionierten Betriebes des Hebammengewerbes für nicht schuldig erklärt war, und machte dabei geltend, daß die ihr zur Last gelegte fahrlässige Tötung einen Akt jenes Gewerbebetriebes ausgemacht habe, der Amtsanwalt hatte jedoch rechtzeitig Berufung eingelegt, sodaß das erste Urteil noch nicht rechtskräftig war (RGRspr. 5 S. 29; dazu Eichhorn S. 408 f.: „Dies würde nicht mehr als der Billigkeit entsprechend erachtet werden können, sondern im Gegenteil eine Unbilligkeit, ja eine Ungerechtigkeit gegenüber dem Verletzten oder dessen Angehörigen bedeuten." Jemand, der sich an einer Schlägerei beteiligt und dabei getobt und gelärmt, sowie einen Menschen mit einem Bierglas geschlagen hatte, war von der Ortspolizei wegen groben Unfugs in Strafe genommen worden, obgleich zweifellos er sich auch einer Körperverletzung, und zwar aus § 223 a StGB., schuldig gemacht hatte (RG. 2 S. 211: keine Konsumtion der Strafklage). Jemand hatte durch vorschriftswidrige Behandlung einer Dreschmaschine eine Körperverletzung herbeigeführt, er war durch Strafbefehl wegen einer Übertretung verurteilt worden. Auch in der Praxis zur Zeit der früheren deutschen Prozeßordnungen machte sich ein lebhafter Gegensatz zwischen den unteren und den oberen Gerichten geltend.

Vergl. Ortloff, ne bis in idem, in G.Arch. 26, S. 186 ff. Der Verkauf gifthaltiger Kleiderstoffe hatte die Erkrankung zweier den Stoff verarbeitender Frauen herbeigeführt; der Verkäufer war wegen des Verkaufes schon bestraft worden. Dazu Ortloff S. 188: „zu welchen gefährlichen Konsequenzen im Leben diese Auslegung führen muß, leuchtet alsbald ein, wenn man erwägt, daß, um an den vorigen Fall anzuschließen, der Verkäufer gifthaltiger Kleidungsstoffe im Falle eingetretener Vergiftung nur dafür Sorge trägt, daß er polizeilich angezeigt und bestraft werde, ehe die Staatsanwaltschaft Kenntnis von der Tat erhält. Es ist in der hierländischen Praxis neuerdings nicht vereinzelt vorgekommen, daß bei Straßenskandalen und Prügeleien auf Tanzböden verübte Mißhandlungen, ja sogar ziemlich schwere Körperverletzungen und Beleidigungen, auch Widerstand gegen die Staatsgewalt, strafrechtlich nicht verfolgt werden konnten, weil die Gemeindepolizeibehörden alsbald mit Geldstrafe vorgegangen waren, worauf dann die Bestraften sich Zeugnisse darüber ausstellen ließen, womit sie die Kriminaluntersuchung abzuwenden versuchten, sodaß es den Anschein gewann, als hätten sie selbst durch Veranlassung der Anzeige vermittelt, mit einer leichten Polizeistrafe davonzukommen und einer strafrechtlichen Untersuchung zu entgehen". Vergl. a. die von Ortloff S. 189 ff. mitgeteilten Fälle; auch die Entscheidung des Reichsgerichts RGRspr. 6 S. 145 (übermäßig schnelles Fahren — Körperverletzung). RGSt. 4 S. 243: Jemand, angeklagt wegen fahrlässiger Körperverletzung mit tödlichem Erfolge, berief sich auf eine Vorbestrafung, wonach gegen ihn wegen Schießens an bewohnten Orten durch amtsrichterlichen Strafbefehl eine Geldstrafe verhängt war (wenn das Reichsgericht in solchen Fällen manchmal zu befriedigenden Ergebnissen gelangt, so liegt dies nur an seiner unzutreffenden Ansicht, daß dem Strafbefehl Rechtskraft nicht zukomme; s. Binding Abhandl. 2 S. 336: „aber hier kommt nun der materiellen Gerechtigkeit die falsche Auffassung des Reichsgerichts, daß Strafbefehle und polizeiliche Strafverfügungen der Rechtskraft nicht fähig sind, offenbar sehr zu statten"). Nach Eichhorn ist der Fall noch extremer denkbar: statt unbefugten Schießens Mord. Eichhorn S. 414: „. . . Aber es läßt sich nicht leugnen, daß diese Schlußfolgerung sich mit den Anforderungen der Gerechtigkeit oft nicht wird vereinen lassen und daß, wenn § 264 StPO. das Correctiv für allzu schroffe Härten des non bis in idem bilden soll, das Gericht auch in der Lage sein müßte, die ihm unterbreitete Tat in allen ihren Folgen zu erkennen und zu beurteilen, was doch für diejenigen Folgen, die erst nach dem Urteil bekannt werden, nicht zutrifft. Und jedenfalls erscheint doch eine Unterscheidung dahin, daß in einem Falle, wo der Angeklagte nur durch Strafbefehl bestraft ist, eine neue Anklage zulässig, im anderen Falle, wo er durch Strafurteil bestraft ist, sie unzulässig ist, zu äußerlich, um nicht Bedenken gegen ihre Richtigkeit zu erwecken." Eichhorn appelliert S. 414 auch an das Rechtsgefühl. Weiterhin führt er aus: „Sind diese Folgen in dem früheren Urteil irgendwie berücksichtigt, sei es auch unter irrtümlicher Nichtanwendung des § 264 StPO. oder unter irrtümlicher Annahme der Zuständigkeit, so können sie allerdings nicht nochmals besonders erörtert werden; . . . ". RGRspr. 6 S. 145: von dem Schöffengericht, das den Angeklagten wegen zu schnellen Fahrens verurteilt hatte, war in den Straf-

zumessungsgründen berücksichtigt worden, daß bei der betreffenden Fahrt eine Frau zu Fall gekommen und verletzt worden war; RGRspr. 3 S. 343 (Mißhandlung eines Menschen und Tumult als grober Unfug). S. zu einigen von diesen Fällen auch Pfizer S. 343 ff.; RGSt. 3 S. 385; 11 S. 128. S. a. Binding a. a. O. S. 324 ff. Wie man sieht, macht sich hier überall zumindest der Wunsch nach Ausnahmen von der Regel ne bis in idem geltend. Der Gedanke, daß diese Regel dann nicht Platz greifen könne, wenn es dem ersten Gericht nicht möglich war, gewisse erschwerende Umstände mit abzuurteilen, hat, wie sich aus den zitierten Stellen gleichfalls ergibt, oft Berücksichtigung gefunden; freilich meist nur mittelbar; aus diesem Grunde hat das Reichsgericht den Strafbefehl und die polizeiliche Strafverfügung für der Rechtskraft nicht fähig erklärt. Darum läßt auch das Reichsgericht (s. RG. 24 S. 419 ff.) im Falle einer Verurteilung wegen eines Kollektivdelikts hinsichtlich des Verbrauches der Strafklage eine weiterreichende Wirkung eintreten als im Falle der Freisprechung von der Anklage eines solchen Delikts; nicht zur Sprache gebrachte Einzelfälle können nach dieser Auffassung später eingeklagt werden; s. dazu Binding S. 342; vergl. a. RGSt. 26 S. 299; ferner Bockshammer, Ne bis in idem auf dem Gebiete des fortgesetzten und Kollektivdelikts S. 58 ff. S. a. v. Kries, Lehrbuch S. 600.

Nach der im Text vertretenen Auffassung handelt es sich gar nicht um Ausnahmen von der Regel ne bis in idem, sondern vielmehr: in derartigen Fällen ist gar kein idem gegeben, denn der überragende Teil der materiellen Einheit gehört nicht mehr zur prozessualen Einheit Tat, zum Sachurteilssollgegenstand. In solchen Fällen liegt zwar eine Handlung im Sinne des materiellen Strafrechts, aber mehrere Taten als Sachurteilssollgegenstände im prozessualen Sinne vor; freilich nur unter den im Text genannten Voraussetzungen; daß dem Gericht einzelne Umstände nicht bekannt waren — worauf man sich oft beruft — genügt nicht; es kommt darauf an, daß sie dem Gericht nicht bekannt sein konnten oder daß das Gericht sie nicht berücksichtigen durfte; es kann doch sein, daß ein aufmerksamer Richter jene Umstände, die dem unaufmerksamen entgangen sind, hätte erfahren können; der Richter ist in der Lage, ja es ist sogar seine Pflicht, sich eine bessere Kenntnis zu verschaffen. S. dazu Berner, G. Arch. 3 S. 476: „Der Staat gibt doch wahrlich den Behörden die kräftigsten Mittel zur Erforschung der wahren Sachlage, Mittel, durch die oft die Freiheit des Angeklagten einen sehr empfindlichen Abbruch erleidet. Ist dies nicht genug? Wozu ist denn dann die Untersuchung, wenn man hernach beständig noch verfahren kann, als hätte keine gehörige Untersuchung stattgefunden?“ S. a. unten § 9.

In einem Prozeß können auch mehrere Sachurteilssollgegenstände gegeben sein. Das ist immer dann der Fall, wenn mehrere Handlungen (reale Konkurrenz) eines Täters oder mehrere Handlungen mehrerer Täter den Gegenstand der Urteilsfindung bilden.[18])

[18]) S. Glaser, Handbuch S. 33: „So viele selbständige . . . strafbare Handlungen einer bestimmten Person zur Last gelegt werden, so vielen Personen

eine strafbare Handlung in solcher Weise inputiert wird: so viele Strafsachen sind zu unterscheiden." Aus diesem Grunde ist auch die stets in der Literatur wiederkehrende Einteilung der Identität in 1. subjektive Identität, Identität des Täters und 2. objektive Identität, Identität der Tat als Einteilung ebenso unrichtig (Identität der Tat ohne Identität des Täters kann es nicht geben; auch im Falle der Mittäterschaft liegen so viele Handlungen vor, als es handelnde Menschen gibt; s. Beling, L. v. V., bes. S. 405/406. (Jeder Täter begeht eine ganze Tat), Frank, Kommentar S. 97 ff. Wenn freilich das Gesetz in § 47 von „einer strafbaren Handlung" spricht, so meint es unter Handlung eben etwas anderes als sonst, wie denn der Terminus „Handlung" überhaupt in verschiedener Bedeutung gebraucht wird), wie als ausdrückliche Hervorhebung überflüssig. Es ist ähnlich, als ob jemand sagen wollte, eine Handlung bestehe erstens aus einem Menschen, und zweitens aus einem gewillkürten Verhalten.

Der Unterschied zwischen Ideal- und Realkonkurrenz soll nach dem amtlichen Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1925, §§ 63 ff. hinsichtlich der „Straffrage" beseitigt werden, — s. dazu bes. Honig, Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit, zugleich ein Beitrag zur Strafrechtsreform. Darüber, daß der Entwurf die Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen idealer und realer Konkurrenz selbst für das materielle Strafrecht nicht beseitigt, sondern „die hierin liegenden Schwierigkeiten" bestehen läßt, s. Honig a. a. O. bes. S. 12 f. In der vorliegenden Arbeit, die vom Begriff der Identität der Tat im strafprozessualen Sinne und nicht vom Begriff der Handlungseinheit im materiellstrafrechtlichen Sinne handelt (den letzteren Begriff vielmehr voraussetzt — s. oben § 9 Anm. 4 — und nur die Abhängigkeit des ersteren vom letzteren aufzuzeigen versucht), ist die materiellrechtliche Bedeutung dieser Neugestaltung wie ihr strafrechtspolitischer Wert nicht zu prüfen. Nur die Fragen, die sich, würde der Entwurf Gesetz, daraus für das Strafprozeßrecht ergeben würden, sollen hier Erwähnung finden. Honig a. a. O. S. 58 f. behauptet, daß prozessuale Rücksichten eine gänzliche Beseitigung der gesetzlichen Unterscheidung zwischen einer Handlung und mehreren selbständigen Handlungen nicht hinderten.

Aus den §§ 63 bis 66 des Entwurfs ergibt sich, daß in den Fällen der Realkonkurrenz eine Strafe verwirkt sein soll. Insofern bilden die mehreren Taten in gewissem Sinne eine Einheit. Aber zu erkennen ist auf eine Strafe für die mehreren Handlungen nur dann, wenn sie „gleichzeitig abgeurteilt werden" (§ 63). Es ist keineswegs Pflicht des Gerichts, den ganzen Komplex von Taten zum Gegenstand seines Urteils zu machen, auch jene, welche weder in der Anklage, noch im Eröffnungsbeschluß genannt sind, etwa in gleicher Weise, wie das Gericht heute und auch nach dem Entwurf im Falle der Idealkonkurrenz sämtliche juristischen Bedeutungen zu würdigen hat (auch nach dem Entwurf; denn die Einschränkung im § 63, „. . . die gleichzeitig abgeurteilt werden . . .", bezieht sich nur auf die mehreren selbständigen Taten). Die Forderung an die Richter, das ganze Leben des Angeklagten auf seine strafrechtliche Erheblichkeit hin zu durchforschen, wäre auch unmöglich. Aus § 66 ergibt sich, daß der Satz: Ne bis in idem sich auf diejenigen von den in realer Konkurrenz stehenden

Delikten, welche nicht mit abgeurteilt worden waren, nicht erstreckt; jedenfalls erscheint dies als eine selbstverständliche Voraussetzung im Sinne des Entwurfs.

Die materiellstrafrechtliche Einheit ist also im Sinne des Entwurfes: eine selbständige Tat. Der Entwurf hält an der Unterscheidung: „dieselbe Tat, auf die mehrere Strafgesetze anwendbar sind", und „mehrere selbständige Taten" fest. Welche von einem Komplex von Taten, die in realer Konkurrenz stehen, die Sachurteilssollgegenstände bilden, darüber enthält sich der Entwurf der Entscheidung (wenn sie gleichzeitig abgeurteilt werden, soll nach § 63 auf eine Strafe erkannt werden; nicht etwa: die Gesamtheit der Taten soll gleichzeitig abgeurteilt werden, und geschieht dies nicht, so erstreckt sich die Rechtskraft des Urteils dennoch auf den ganzen Komplex von Taten); auch wenn der Entwurf Gesetz würde, bliebe es bei der heutigen prozessualen Regelung über das Verhältnis der Tat als Gegenstand der Klage und des Eröffnungsbeschlusses einerseits und der Tat als Urteilssollgegenstand andererseits. Die Feststellung freilich, ob ideale oder reale Konkurrenz vorliegt, würde nicht erspart. Sie ist unerläßlich für die Frage nach dem Umfang des idem in dem Satze: Ne bis in idem. Die Vermeidung der oft schwierigen und zweifelhaften Abgrenzung der beiden Konkurrenzformen (Begründung zum 8. Abschnitt des Entwurfs) bleibt ein Wunsch. Sie ist dem Entwurf gesetzestechnisch nicht gelungen.

Freilich kann dann jeder der Sachurteilssollgegenstände als eine prozessuale Einheit wiederum enger sein, als die entsprechende materielle Einheit, die eine strafbare Handlung.[19])

Bisher war über die Beziehung der Tat als den Gegenstand der Klage und des Eröffnungsbeschlusses einerseits und den Urteilssollgegenstand Tat andererseits nur in einer Hinsicht die Rede: von welchen Gesichtspunkten muß sich das Gericht leiten lassen, wenn es auf Grund der „Bezeichnung der Tat" in Anklage und Eröffnungsbeschluß den Gegenstand des Urteils bildet. Die Identität zwischen der in der Anklage und im Eröffnungsbeschluß bezeichneten Tat mit der Tat als Sollgegenstand des Sachurteils mußte verneint werden. Der Ausdrucksweise des Gesetzes liegt ein theoretischer Irrtum zu Grunde. Auch die herrschende Lehre, die in dieser Hinsicht von Identität spricht, kann nicht anerkannt werden. Einer oder mehrere Einzelakte eines Delikts können eben nicht als

[19]) In solchen Fällen wird freilich der Prozeßgegenstand im weitesten Sinne ein all diese Taten umfassender sein. Denn der Prozeßgegenstand enthält, wenigstens der im weitesten Sinne, wie früher zu zeigen versucht worden ist, die verschiedensten Elemente, die lediglich durch die Einheit des Prozesses zusammengehalten werden. Strafsache und Prozeßgegenstand sind eben nicht dasselbe.

identisch angesehen werden mit der ganzen Reihe, der Gesamtheit von Einzelakten, aus denen dieses Delikt zusammengesetzt ist. Das wahre Verhältnis ist hier das Verhältnis des Teiles zum Ganzen. Man kann hier von Identität nicht sprechen. Freilich kann Identität zwischen der in Anklage und Eröffnungsbeschluß bezeichneten Tat einerseits und der Tat als Sollgegenstand des Sachurteils andererseits bestehen; dies ist aber nur dann der Fall, wenn das Gericht gerade diejenigen und nur diejenigen Einzelakte zum Gegenstand des Sachurteils zu machen hat, welche in Anklage und Eröffnungsbeschluß bezeichnet sind. Aber dieser Fall stellt — mag er auch praktisch sehr häufig, ja die Regel sein — eben eine bloße Möglichkeit dar; erforderlich ist eine so weitgehende Übereinstimmung zwischen Anklage und Eröffnungsbeschluß einerseits und Sachurteil andererseits keineswegs.

Und dennoch ist man berechtigt, von Identität im Strafprozeß zu sprechen, und zwar sogar von Identität im strengen, nicht nur in dem laxen, adjektivische Merkmale unberücksichtigt lassenden Sinne. Nur: nicht die in Anklage und Eröffnungsbeschluß „gemeinsam" bezeichnete „Tat" ist identisch mit dem Sachurteilssollgegenstand Tat, sondern vielmehr die durch Anklage und Eröffnungsbeschluß dem Gerichte aufgegebene Tat. Durch Anklage und Eröffnungsbeschluß wird nämlich dem Gericht nicht die Tat als etwas Fertiges gegeben, sondern nur aufgegeben. Was Anklage und Eröffnungsbeschluß tatsächlich bezeichnen, ist möglicherweise gar keine Tat, sondern sehr oft sind es nur Stücke, einzelne Elemente einer Tat. Das Gericht hat die Aufgabe, diese Teile zu einem Ganzen, einer Tat, zu ergänzen. Anklage und Eröffnungsbeschluß bedeuten hinsichtlich des Sachurteilssollgegenstandes die Stellung einer Aufgabe an das Gericht.[20]) Der Sachurteilssollgegenstand wird dem Gericht durch

---

[20]) Vergl. Glaser, Handbuch S. 40: „Die Strafklage, welche die Aufgabe hat, den Gegenstand des künftigen Urteils vorzuzeichnen, tut dies nach vorstehendem nicht bloß ausdrücklich; zu dem ausgesprochenen Inhalt derselben tritt nämlich noch ein weiterer, implicierter hinzu, insofern sie indirekt den Anstoß zu allen oben angegebenen Modifikationen des Gegenstandes der Verhandlung gibt." Vergl. a. RGSt. 7 S. 33: Der Eröffnungsbeschluß umfasse bei Kollektivdelikten von selbst sämtliche Handlungen, in welchen die gewerbs- oder gewohnheitsmäßige Tätigkeit des Beschuldigten gefunden werden

kann, und das Gericht sei berechtigt und verpflichtet, auch solche im Eröffnungsbeschluß nicht erwähnten Handlungen, welche diesen Charakter tragen, zum Gegenstand der Verhandlung und Urteilsfindung zu machen, . . . und das Urteil erledige alle Einzelfälle, welche nach § 263 StPO. in den Kreis der Entscheidung hätten gezogen werden können, das Gericht mag sie gekannt haben oder nicht. — Dehnt man diese Gedanken konsequent aus, so gelangt man zu dem Ergebnis, das im Text angestrebt wird. Eine Vermeidung von Überspannungen (vergl. d. vorhergehenden Anmerkungen) dürfte sich aus den oben genannten Einschränkungen ergeben. Der Gedanke der Pflicht des Gerichts mit Bezug auf den Gegenstand des Sachurteils kommt deutlich in den neueren Entscheidungen des Reichsgerichts zum Ausdruck: „Grundsätzlich reicht die Rechtskraft so weit, wie das Recht und die Pflicht des erkennenden Gerichts zur Aburteilung, weil in diesem Umfang die Strafklage durch das Urteil verbraucht wird"; RGSt. 51 S. 242. Vergl. auch RGSt. 49 S. 274; 51 S. 254; 56 S. 325; s. auch R.Mil.G. 6, S. 59; ferner Löwe S. 362/63: „Der Grundsatz „non bis in idem" reicht so weit, als bei der früheren Entscheidung die Befugnis des Gerichts zur Umgestaltung der Strafklage reichte." Inkorrekt ist nur, daß hier der Gedanke der Pflicht — die angeführte Formel ist, wie unten, § 10 noch zu zeigen sein wird, nicht ganz zutreffend — nur anläßlich der Frage nach der Reichweite des Verbrauches der Strafklage, also nach dem, was unter idem in der Formel ne bis in idem zu verstehen ist, hervorgehoben wird. Korrekterweise muß schon der Gegenstand, über den das Gericht urteilen soll, eben der Sachurteilssollgegenstand, von diesem Gesichtspunkt aus bestimmt werden. Ich meine sogar, daß man, wenn man leichthin vom Gegenstand der Anklage, vom Urteilsgegenstand, ja sogar — m. E. eine schlimme Verwechslung — vom Prozeßgegenstand spricht, dennoch diesen Gegenstand, der hier, von der einen Seite betrachtet, als der durch die Anklage und den Eröffnungsbeschluß dem Gericht aufgegebene Gegenstand, von der anderen Seite betrachtet, als der Sollgegenstand des Sachurteils bezeichnet wird, im Auge hat, wenn man sich auch dessen vielleicht nicht klar bewußt ist; es wäre sonst unbegreiflich, wieso stets von Identität des „Prozeßgegenstandes", der „Strafsache", der „Tat" gesprochen wird.

Anklage und Eröffnungsbeschluß aufgegeben, seine Bildung dem Gericht zur Aufgabe gemacht. So läßt sich feststellen: Identität der Tat im strafprozessualen Sinne besteht insofern, als der Gegenstand, dessen Bildung dem Gericht durch Anklage und Eröffnungsbeschluß aufgegeben ist, identisch ist, mit dem Sachurteilssollgegenstand. Dagegen braucht keine Identität zu bestehen: erstens zwischen den in Anklage und Eröffnungsbeschluß bezeichneten[21]) Gegen-

[21]) Es ist dies der nämliche Gegenstand, den Glaser den bloß ausdrücklich vorgezeichneten nennt, im Gegensatz zu dem implicierten — wohl unserem aufgegebenen Gegenstand —; vergl. o. Anm. 20.

ständen und dem Gegenstand, welchen das Sachurteil wirklich betrifft, dem Sachurteilsistgegenstand. Es ist sogar denkbar, daß diese beiden Gegenstände gänzlich auseinanderfallen, daß ihnen nicht einmal ein einziger, als Handlungselement in Betracht kommender (= substantivischer) Tatumstand gemeinsam ist; zweitens zwischen den in Anklage und Eröffnungsbeschluß bezeichneten Gegenständen — dies braucht keine „Tat" zu sein; es ist denkbar, daß nur Teile, einzelne Elemente einer Tat bezeichnet sind — und dem Sachurteilssollgegenstand; diese drei Gegenstände können im extremsten Falle so weit auseinanderfallen, daß ihnen lediglich ein einziger, als Handlungselement in Betracht kommender Tatumstand gemeinsam ist. Stets identisch ist lediglich der Gegenstand, dessen Bildung dem erkennenden Gericht durch Anklage und Eröffnungsbeschluß aufgegeben ist und der Sachurteilssollgegenstand. Es ist dies ein und derselbe Gegenstand, eine Tat im prozessualen Sinne; freilich ist dies nicht immer eine Handlungseinheit im materiellrechtlichen Sinne; es kann sein, daß die „eine Tat" im strafprozessualen Sinne, die strafprozessuale Einheit, nur ein Teil einer materiell strafrechtlichen Einheit ist, dann nämlich, wenn das Gericht durch dem Strafprozeßrecht angehörende Rechtssätze gehindert ist, alle Tatumstände, welche zu der materiellrechtlichen Einheit gehören, zu würdigen, die Tat nach allen materiellrechtlichen Gesichtspunkten abzuurteilen, wenn das Gericht einige zur materiellrechtlichen Einheit gehörenden Tatumstände nicht mit zum Gegenstand des Urteils machen darf. Hinzuzufügen wäre noch, daß es vorkommen kann, daß dem Gericht durch Anklage und Eröffnungsbeschluß gar kein Gegenstand Tat aufgegeben ist. Das ist allemal dann der Fall, wenn es an einer Sachurteilsvoraussetzung fehlt. Dann ist durch Anklage und Eröffnungsbeschluß zwar ein Gegenstand (oder wenigstens Teile eines solchen) Tat bezeichnet, aber kein solcher aufgegeben. Das Gericht hat vielmehr das Verfahren einzustellen. Aufgegeben ist dem Gericht in solchen Fällen die Einstellung des Verfahrens. So stehen Anklage und Eröffnungsbeschluß einerseits und Urteil andererseits in Beziehung zu einem identischen Gegenstand Tat. Dies ist die identische Tat im strafprozessualen Sinne; sie ist durch Anklage und Eröffnungsbeschluß dem Gericht aufgegeben und das Urteil soll sie erfassen. Alles andere, dessen Identität als „Identität der Tat" noch in Frage kam,

hat sich als in Wahrheit nicht identisch erwiesen. Es kann zwar identisch sein; seine Identität ist aber keineswegs erforderlich.

Der Begriff: Identität des dem Gericht durch Anklage und Eröffnungsbeschluß aufgegebenen Gegenstandes mit dem Sachurteilssollgegenstand, besagt darüber nichts, was dem Gericht als Gegenstand aufgegeben ist, bzw. was Sachurteilssollgegenstand ist. Insofern ist er inhaltsleer; der Feststellung der Identität dieses Gegenstandes kommt praktisches Interesse nicht zu. Von diesem Standpunkt aus ist es unrichtig, zu sagen: „die Identität der Tat vorausgesetzt, ist dem anerkennenden Gericht jede Abweichung von dem Eröffnungsbeschlusse gestattet". [22]) Denn die Identität der Tat in unserem Sinne ist keine Voraussetzung für die Grenzen einer zulässigen „Klageänderung". Voraussetzung für letztere ist lediglich Identität eines als Handlungselement in Betracht kommenden Tatumstandes; dieser muß den Gegenständen der Anklage, des Eröffnungsbeschlusses und des Urteils gemeinsam sein. Dieses letztere Erfordernis nun ergibt sich nicht etwa aus der Bestimmung dessen, was Identität im strafprozessualen Sinne bedeute, was unter Identität in diesem Sinne zu verstehen sei; es ergibt sich vielmehr aus den Prozeßrechtssätzen — besonders aus den §§ 264/265 StPO., wie oben über das Verhältnis der Tat als Gegenstand der Klage und des Eröffnungsbeschlusses einerseits und der Tat als Urteilssollgegenstand andererseits zu zeigen versucht worden ist —; es genügt auch für sich allein nicht, um den Sachurteilssollgegenstand zu bestimmen; denn es entsteht weiterhin die Frage, was soll das Gericht unter Festhalten an diesem einen als Handlungselement in Betracht kommenden Tatumstand zum Gegenstand des Sachurteils machen? Auf diese Frage nun geben nach dem Rechtsanwendungsimperativ, der hier maßgebend ist, die Sätze des materiellen Strafrechts Antwort; sie bestimmen gleichsam positiv den Sachurteilssollgegenstand. Dazu kommen dann noch die Sätze des Strafprozeßrechts, welche — gleichsam negativ — von dieser Einheit Einschränkungen bedeuten [23]) (rechtliche Hindernisse); dazu tritt dann ferner noch der (freilich nicht ausgesprochene) Prozeßrechtssatz, daß die Pflicht des Gerichts nicht auf Unmögliches gerichtet sein kann.

[22]) Löwe, S. 591.

[23]) In den Fällen der Berufung und Revision erfährt der Sachurteilssoll-

§ 10. Der Begriff: Identität der Tat im Verhältnis zu einer materiell rechtskräftigen Entscheidung einerseits und einer weiteren Strafverfolgung andererseits.

Hat sich hinsichtlich der Anklage und des Eröffnungsbeschlusses einerseits und des Urteils andererseits der Sachurteils s o l l gegenstand als das in Wahrheit Identische, als die im strafprozessualen Sinne identische Tat gezeigt, so erleidet dies einige Modifikationen hinsichtlich des Sachurteils einerseits und einer neuen Strafverfolgung andererseits. Wenn behauptet wird, der Grundsatz non bis in idem reiche so weit, als bei der früheren Entscheidung die Befugnis des Gerichts zur Umgestaltung der Strafklage reichte,[1]) so trifft dies nur nach einer Richtung hin zu. Wenn wir in dieser Formel das Wort „Befugnis" durch „Pflicht" ersetzen — das Reichsgericht formuliert: „. . . soweit, wie das Recht und die Pflicht des erkennenden Gerichts zur Aburteilung . . ."; mag man auch von einem Recht u n d einer Pflicht sprechen, ein Recht, eine ihm zugedachte Macht, hat das Gericht nur gegenüber dem Angeklagten, hier interessiert nur die Pflicht — so deckt sich, was hiernach in der Reichweite der Pflicht des Gerichts liegt, mit unserem Sachurteilssollgegenstand. Falls es nun erstens überhaupt zu einem Sachurteil eines Gerichts gekommen ist — es ist denkbar, daß das Gericht unzulässigerweise, entgegen seiner Pflicht zur Aburteilung, das Verfahren eingestellt hat —, zweitens dem betreffenden Verfahren ein Sachurteilssollgegenstand gegeben war und drittens, das Gericht diesen Sachurteilssollgegenstand wirklich entweder ganz oder doch wenigstens zum Teil erfaßt hat, so steht einer neuen Strafverfolgung, welche diesen Sachurteilsgegenstand oder auch nur Teile desselben, mögen diese auch lediglich im Gebiete des Minus liegen, um welches der Sachurteilsistgegenstand (= dasjenige, was

---

gegenstand noch eine weitere Einschränkung (StPO. §§ 316, 327, 343, 352) gegenüber der materiellrechtlichen Einheit, und zwar durch besondere Prozeßrechtssätze. Vgl. hierzu bes. B e n. - B e l i n g, S. 440 f. Es braucht danach keineswegs immer Identität des Sachurteilssollgegenstandes der mehreren Instanzen zu bestehen; der Sachurteilssollgegenstand, welcher der höheren Instanz aufgegeben ist, kann sich zu dem der unteren Instanz wie der Teil zum Ganzen verhalten.

[1]) L ö w e S. 362/63.

wirklich Gegenstand der ersten Entscheidung war) hinter dem Sachurteilssollgegenstand zurückgeblieben ist, zum Gegenstand hätte, ohne Zweifel das Verbot: ne bis in idem entgegen. Das ergibt sich daraus, daß zwischen den Rechtssätzen über die „Klageänderung" und denen über die Unzulässigkeit einer abermaligen Verfolgung ein enger Zusammenhang besteht:[2]) soweit Klageänderung zulässig war, soweit erlangte das ergangene Urteil Rechtskraft. „. . . denn sonst hätte der Angeschuldigte ein Privilegium auf Straflosigkeit, das aller Vernunft, aller Moral und dem Interesse der staatlichen Gesellschaft widerspräche".[3]) Daß auch das Minus, um welches der Sachurteilsistgegenstand hinter dem Sachurteilssollgegenstand zurückgeblieben ist, in Rechtskraft erwachsen ist, daß auch hinsichtlich dieses Minus das Verbot ne bis in idem wirkt, ergibt sich fast von selbst: hat das Gericht nur Stücke, nur einzelne Elemente einer prozessualen (dies braucht nicht immer eine materiellrechtliche Einheit zu sein, kann vielmehr enger sein als diese) Einheit zum Gegenstand seines Urteils gemacht, das Urteil also gar keine prozessuale Tat betroffen, so müssen die Folgen vom Staate hingenommen werden. Müßte doch andernfalls eine neue Verfolgung wegen eines bloßen Teiles einer prozessualen Einheit stattfinden.

Was aber soll gelten, wenn die oben unter zwei und drei aufgestellten Erfordernisse nicht gegeben sind, wenn also erstens entweder dem betreffenden Verfahren ein Sachurteilssollgegenstand überhaupt nicht gegeben war, oder wenn zweitens das Gericht den Sachurteilssollgegenstand überschritten hat, der Sachurteilsistgegenstand also sich weder mit dem Sachurteilssollgegenstand deckt noch hinter ihm zurückbleibt, sondern vielmehr ihm gegenüber ein Plus enthält, oder wenn schließlich drittens ein Sachurteilssollgegenstand zwar gegeben war, das Gericht aber nicht ihn (und nicht einmal zum Teil), sondern einen gänzlich anderen Gegenstand wirklich zum Gegenstand des Urteils gemacht hat, sodaß dem Sachurteilssollgegenstand und dem Sachurteilsistgegenstand auch nicht einmal ein einziger als Handlungselement in Betracht kommender (substan-

[2]) Dies ist allgemein — auch in der Praxis, vergl. z. B. RGSt. 2 S. 347 ff.; 15 S. 9 ff.; 21 S. 78 ff. — anerkannt. Nur Pfizer, Ne bis in idem, in GS. 60 S. 342 kehrt das Verhältnis um.

[3]) Berner, Ne bis in idem, in G.Arch. 3, S. 493.

tivischer) Tatumstand gemeinsam ist? In solchen Fällen kommt man mit der Regel, der Satz non bis in idem gelte dem Sachurteilssollgegenstand, oder der Grundsatz non bis in idem reiche so weit, als bei der früheren Entscheidung die Pflicht des Gerichts zur Umgestaltung der Strafklage reichte, nicht aus. Hier — wenigstens in den jetzt unter erstens und zweitens genannten Fällen — muß gelten: der Satz ne bis in idem muß weiter reichen als bei der früheren Entscheidung die Pflicht des Gerichts zur Umgestaltung der Strafklage reichte; er muß über den Sachurteilssollgegenstand hinausreichen; was in diesem Satz unter idem zu verstehen ist, ist mehr als der Sachurteilssollgegenstand.

Es ist nun möglich, daß in concreto Fehler der genannten Art so schwer sind, daß sie die Nichtigkeit des Urteils zur Folge haben. Diese Fälle scheiden hier aus (weshalb der Streitfrage, ob es überhaupt absolut nichtige Urteile gibt, nicht näher getreten zu werden braucht). Hier ist nur festzustellen, daß Fehler der genannten Art auch bei nicht nichtigen Urteilen vorkommen, und es handelt sich darum, klarzustellen, inwieweit die Behauptung: der Sachurteilssollgegenstand ist dasjenige, was im strafprozessualen Sinne identisch ist, für das Verhältnis von Urteil einerseits und einer neuen Strafverfolgung andererseits zu modifizieren ist.

Wir wenden uns zunächst dem ersten Falle zu: das Gericht hat ein Sachurteil gefällt, obwohl es an einer Sachurteilsvoraussetzung fehlte, dem Prozeß also ein Sachurteilssollgegenstand nicht gegeben war. Hier — vorausgesetzt, daß der Fall so liegt, daß das Urteil um deswillen nicht nichtig ist — eine neue Strafverfolgung wegen „dieser Tat“ unzulässig; es steht ihr das Verbot: ne bis in idem entgegen. Der „Grundsatz“ ne bis in idem reicht also weiter, als „die Befugnis des Gerichts zur Umgestaltung der Strafklage reichte“. Es könnte nun scheinen, daß es hier der Urteilsistgegenstand ist, der Gegenstand, welchen das erste Gericht tatsächlich abgeurteilt hat, der den Umfang desjenigen bestimmt, dem das Verbot: ne bis in idem gilt. Eine neue Strafverfolgung ist unzulässig, sowohl wegen des ganzen Gegenstandes des ersten Urteils, als auch wegen einzelner Teile, aus welchem er etwa zusammengesetzt ist. Dieser letzte Satz ist sicherlich nicht unrichtig; allein er ist zu eng: wenn etwa der tatsächliche Gegenstand des Urteils des ersten Gerichts, der Sachurteilsistgegenstand A 1, die

Elemente a b c enthält, wenn sich aber nun herausstellt, daß erstens das erste Gericht mangels der Sachurteilsvoraussetzung X überhaupt nicht hätte urteilen dürfen, daß es also an einem Sachurteilssollgegenstand gefehlt hat, und zweitens, daß A 1 nur ein Teil einer prozessualen Einheit ist, daß in Wahrheit die Tat aus den Elementen a b c d e zusammengesetzt ist (= A 2), so erstreckt sich das Verbot: ne bis in idem erstens auf mehr als auf den Sachurteilssollgegenstand (ein solcher bestand gar nicht) und zweitens aber auch auf mehr als den Sachurteilsistgegenstand; es erstreckt sich vielmehr auf A 2, das ist die aus a b c d e zu bildende Einheit, nicht nur auf den Teil dieser Einheit A 1 = a b c, welcher wirklich zum Gegenstand des ersten Urteils von dem dieses Urteil fällenden Gericht gemacht worden ist. Zu dieser Annahme zwingt folgende Überlegung: wollte man behaupten, nur bezüglich des Gegenstandes A 1 gelte des Verbot: ne bis in idem, so hieße das: hinsichtlich A 2 minus A 1, das ist d e, kann eine neue Strafverfolgung stattfinden; aber: diese neue Strafverfolgung dürfte sich ja nur auf ein Stück einer prozessualen Einheit erstrecken; sie dürfte nur Teile einer prozessual einheitlichen Tat zum Gegenstand haben; sie hätte gar keine Tat im prozessualen Sinne, sondern nur Teile einer solchen zum Gegenstand; daß dies nicht angeht, bedarf keiner Erörterung.[4]) Wir gelangen also zur folgenden Modifikation: das Verbot ne bis in idem gilt jener prozessualen Einheit, jener Tat im prozessualen Sinne, die Sachurteilssollgegenstand wäre, wenn von dem Fehler, der dem Gericht bei Bildung des Sachurteilsgegenstandes

[4]) Ganz anders liegt der Fall, wenn Teile einer lediglich materiellrechtlichen Einheit Gegenstand eines Prozesses sind; dies ist denkbar (s. o.); denn der Begriff der prozessualen Einheit ist eben enger, als der der materiellen Einheit. Eine materielle Einheit kann aus mehreren prozessualen Einheiten zusammengesetzt sein; wenn z. B. eine materiellrechtliche Einheit zum Teil zur Zuständigkeit eines Sondergerichts gehört, so umfaßt sie zwei prozessuale Einheiten, welche sich freilich wie zwei sich schneidende Kreise verhalten werden, denn sie müssen, anderen Falls läge nicht eine materiellrechtliche Einheit vor, mindestens einen als Handlungselement in Betracht kommenden Tatumstand gemeinsam haben; es kann aber auch sein, daß sie alle als Handlungselemente in Betracht kommenden Tatumstände gemeinsam haben; im letzteren Falle verhalten sie sich nur im Hinblick auf ihre adjektivischen Elemente wie zwei sich schneidende Kreise; deshalb ist Identität im strafprozessualen Sinne eine Identität im strengen, nicht in dem laxen, adjektivische Umstände vernachlässigende, psychologischen Sinne, s. o.

unterlaufen ist, dem Fehlen jener Sachurteilsvoraussetzung (X), abgesehen wird. Sieht man davon ab, daß die Sachurteilsvoraussetzung X fehlte, so hätte das Gericht A 2 (gleich a b c d e) zum Gegenstand des Urteils zu machen die Pflicht gehabt. A 2 wäre dann Sachurteilssollgegenstand gewesen. Und diesem Sachurteilssollgegenstand, welcher vorliegen würde, wenn X nicht fehlte, gilt das Verbot: ne bis in idem.

Es soll nun versucht werden, mit der eben aus Fall 1 gewonnenen Formel dem oben unter 2 angeführten Fall gerecht zu werden: ein Sachurteilssollgegenstand war zwar gegeben, ist aber vom Gericht überschritten worden; der Sachurteilsistgegenstand enthält dem Sachurteilssollgegenstand gegenüber ein Plus. Hier sind nun wiederum zwei Abarten möglich: a) das Gericht hat dem materiellen Strafrecht angehörende Rechtssätze bei der Bildung des Urteilsgegenstandes überschritten; es hat mehr Umstände zusammengefaßt und zum Gegenstande des Sachurteils gemacht als es nach jenen Sätzen des materiellen Strafrechts hätte sollen. Wenn z. B. der Fall so liegt, daß die Einzelakte a b c ein fortgesetztes Delikt bilden (A), und a b von Anklage und Eröffnungsbeschluß bezeichnet waren, so war Sachurteilssollgegenstand: A (= a b c) — nicht etwa nur a b —; wenn nun aber das Gericht auch die Einzelakte d e, welche Teile eines zweiten fortgesetzten Delikts B (gleich d e f) darstellen, ohne daß die Voraussetzung des § 266 StPO. — Antrag der Staatsanwaltschaft und Zustimmung des Angeklagten — gegeben waren, zum Gegenstand des Urteils gemacht hat, so enthält der Urteilsistgegenstand ein Plus gegenüber dem Sachurteilssollgegenstand; er überragt ihn um d e. Sieht man davon ab, daß nicht die Einzelakte a b c d e ein fortgesetztes Delikt darstellen, sondern nur a b c ein solches, und d e Teile eines zweiten, so würde auch f zum Sachurteilssollgegenstand gehören, so wären Sachurteilssollgegenstände A und B (also zwei prozessuale Einheiten, welche sich hier mit materiell rechtlichen Einheiten decken). Wir gelangen zu dem Ergebnis, daß auch hinsichtlich des vom Gericht unberücksichtigt gelassenen Teiles von B, nämlich f, das Verbot: ne bis in idem gilt.[5]) Die zweite mögliche Abart ist b) folgende:

[5]) Freilich ist auch in diesem Falle einem Prozeßrechtssatz nicht entsprochen worden, nämlich dem Prozeßrechtssatz, welcher anordnet, daß das materielle Strafrecht angewendet werde, dem Rechtsanwendungsimperativ.

das Gericht hat dem Strafprozeßrecht angehörende Rechtssätze bei der Bildung des Urteilsgegenstandes überschritten. Z. B.: von der materiellen Einheit M = m n o p q bilden die Umstände m n o die prozessuale Einheit N; die Umstände o p q dagegen (sie brauchen nicht sämtlich als Handlungselemente in Betracht zu kommen, nicht substantivische Tatumstände zu sein) bilden die prozessuale Einheit P. Diese zweite prozessuale Einheit nun gehört z. B. zur Zuständigkeit eines Sondergerichts. Wenn nun etwa o p q Akte eines fortgesetzten Delikts sind (die materielle Einheit M würde dann z. B. zwei ideell konkurrierende fortgesetzte Delikte darstellen, von denen das zweite (P) zur Zuständigkeit des Sondergerichts gehört), das Gericht aber nur um den Einzelakt p den Sachurteilssollgegenstand M überschritten hat, so ist, wenn wir die oben angeführte Formel hier anwenden, auch hinsichtlich des Einzelaktes q eine abermalige Verfolgung unstatthaft (ne bis in idem); denn sieht man von jenem Mangel der Zuständigkeit ab, so wären N und P Sachurteilssollgegenstände. Vorausgesetzt ist dabei freilich, daß das Urteil nicht etwa nichtig ist wegen der Überschreitung der Zuständigkeit. Endlich ist noch ein Zusammentreffen beider Abarten möglich, wofür sich dann in ganz ähnlicher Weise die oben angeführte Formel anwenden läßt.

In dem unter 3 angeführten Falle endlich erstreckt sich das Verbot: ne bis in idem nur auf den Gegenstand, der Sachurteilssollgegenstand wäre, wenn man davon absieht, daß er in dem Verfahren überhaupt nicht aufgegeben war. Hinsichtlich des anderen, vom Gericht überhaupt nicht beurteilten, ihm aber aufgegebenen Gegenstandes besteht das Verbot: ne bis in idem deshalb nicht, weil es hinsichtlich seiner an einem Urteil überhaupt fehlt. Der Fall liegt hinsichtlich des letzteren Gegenstandes ebenso, als ob das Gericht trotz des Gegebenseins eines Sachurteilssollgegenstandes, trotz des Vorliegens aller Sachurteilsvoraussetzungen, das Verfahren doch eingestellt hätte. Dann könnte von einem Verbot ne bis in idem auch nicht die Rede sein. Hinsichtlich des anderen Gegenstandes aber, der (oder möglicherweise wenigstens zum Teil) vom Gericht wirklich abgeurteilt worden ist, aber nicht Sachurteilssollgegenstand war, nicht aufgegeben war, liegt der Fall ebenso wie der unter 1 genannte.

Im Verhältnis zu dem materiell rechtskräftigen Sachurteil einerseits und einer neuen Strafverfolgung andererseits ist also erstens, wenn der Urteilsistgegenstand hinter dem Urteilssollgegenstand zurückgeblieben ist, dieser Sachurteilssollgegenstand identisch mit dem Gegenstand, der prozessualen Einheit, welche oder deren Teile die abermalige Strafverfolgung beträfe; zweitens, wenn der Urteilsistgegenstand über den Sachurteilssollgegenstand hinausragt, der Gegenstand, welcher Sachurteilssollgegenstand wäre, wenn man davon absieht, daß die Überschreitung des wahren Sachurteilssollgegenstandes unzulässig war, identisch mit dem Gegenstand, der prozessualen Einheit, welche oder deren Teile die abermalige Strafverfolgung beträfe. Im letzteren Falle erleidet das in § 9 Ausgeführte eine Modifikation, welche sich aus dem Wesen der materiellen, Fehler heilenden Rechtskraft erklärt. Diese Fehler, welche der Rechtsordner nun einmal hinnimmt, dürfen nicht mehr berücksichtigt werden; von ihnen muß abgesehen werden.

Wenn die neue Strafverfolgung sich nur auf Teile des Sachurteilssollgegenstandes bezöge, der dem ersten Verfahren aufgegeben war oder doch — unter Hinwegdenken der Fehler — aufgegeben gewesen wäre, so sind nicht etwa diese Teile mit dem Sachurteilssollgegenstand identisch; identisch ist vielmehr jener Gegenstand, jene prozessuale Einheit, deren Teile sie darstellen mit dem Sachurteilssollgegenstand.

IV. Kapitel.

§ 11. Einige Fälle als Beispiele.*)

Man pflegt zu sagen, das Gericht könne in seiner Auffassung von der Tat sowohl in tatsächlicher wie in rechtlicher Hinsicht

*) Vergl. z. folg. namentlich: Ben.-Beling S. 212, 531 ff.; Bennecke S. 712; Binding Abhandl. Bd. 2; ders., Sächs. Arch. f. Rpfl. 9 S. 1 ff.; ders.: Grundriß; Birkmeyer S. 681 ff.; Glaser, Handbuch 2 S. 34 ff., S. 62 ff.; ders. GS. 1884 S. 81 ff.; ders. HRLex. I 887 ff., III 284 ff., 982; Geyer, Lehrb. §§ 213, 246 f.; Fuchs in HH. II 84 ff.; John, § 44; v. Bahr, Recht und Beweis S. 126 ff.; Ullmann, Lehrb. §§ 129, 195; v. Kries, Lehrb. S. 565 ff., 595 ff.; Rosenfeld, der Reichsstrafprozeß, S. 238 f.; Löwe S. 362 ff. und zu § 264; Schanze, in Z. f. StRW. 4 S. 438 ff.; Max Berner, Ne bis in idem; Barbarino, Die Rechtskr. d. Strafurt. S. 70 ff.; Boxhammer, Ne bis in idem . . S. 9 ff.; Borgmann, Die Identität der Tat, S. 40 ff. Die bei Löwe a. a. O. zitierten Entscheidungen. — Ausführl. Lit. Ang. in den Belegstellen bei Glaser, GS. 36, S. 136 ff.

vom Eröffnungsbeschluß abweichen. Als Einteilung ist diese Unterscheidung unrichtig, weil in den meisten Fällen die Abweichung eine doppelte sein wird; die Abweichung in tatsächlicher Hinsicht wird meist eine Veränderung der rechtlichen Qualifikation der Tat nach sich ziehen.[1]) Die als Abweichungen tatsächlicher Art stets angeführten Abweichungen hinsichtlich der Zeit und des Ortes der Handlung, der Beschaffenheit und auch der Individualität des Objektes der Handlung usw. sind stets veränderte Auffassungen der Eigenschaften der Handlung, nicht der (substantivischen) als Handlungselemente in Betracht kommenden Tatumstände, es sei denn, daß diese Abweichungen so weit gehen, daß z. B. statt eines Einzelfalles, eine Mehrheit von solchen, oder statt einer sich als Betrug darstellenden Handlung Urkundenfälschung angenommen wird. Diese Abweichungen hinsichtlich der Eigenschaften der Handlung sind eigentich für die Vorfrage der Identität, für die eindeutige Bestimmtheit der Tat wichtig, die Frage der Identität der Tat bzw. — § 9 — der Identität einzelner Elemente der Tat, läßt sich stets sehr leicht beantworten, wenn nur eindeutig bestimmte Taten bzw. Elemente von solchen vorliegen.

Identität der Tat ist gegeben, wenn statt der von Anklage und Eröffnungsbeschluß angenommenen Schuldstufe Vorsatz im Laufe der Hauptverhandlung sich Fahrlässigkeit herausstellt; oder statt Überlegung bloßer Vorsatz oder auch Fahrlässigkeit; oder, wenn die Handlung, die Anklage und Eröffnungsbeschluß als Versuch angesehen hatten, nunmehr als vollendetes Delikt erscheint; auch an Stelle des nichtbeendeten Versuches kann Vollendung treten und umgekehrt. Nicht aber kann an Stelle einer — als delictum sui generis erscheinenden — bloßen Vorbereitungshandlung (z. B. Mordverabredung), oder an Stelle einer strafbaren Nachtat (z. B. Hehlerei) die Ausführungshandlung desjenigen Delikts, als dessen Vorbereitungshandlung, bzw. dessen Nachhandlung, die andere Handlung erscheint (Mord bzw. Diebstahl oder Unterschlagung) treten und umgekehrt. Denn hier liegen eben, wenn man das unter irgendwelchen anderen Gesichtspunkten[2]) vielleicht einheitliche „Vor-

[1]) Vergl. Glaser, Handb. II, S. 36; Löwe S. 591.

[2]) Auch unter irgendwelchen anderen, durch Abstraktion gewonnenen rechtswissenschaftlichen Begriffen, vergl. z. B. Belings Begriff des weiteren Tatbestandes, L. v. V. S. 246 ff.

kommnis" mit den Augen des Strafrechtsordners betrachtet, mehrere Tateinheiten vor, die miteinander keinen als Handlungselement in Betracht kommenden Tatumstand gemeinsam haben.[3]) Die Vorbereitungshandlung endigt, wo die Ausführungshandlung beginnt, und ebenso verhalten sich Ausführungshandlung und Nachtat. Das beiden Einheiten etwa gemeinsame Objekt der Tat ist eben als adjektivischer Tatumstand für die Identität belanglos. Eine verschiedene Qualifikation der Tat (sei es lediglich infolge anderer Ansicht über Rechtsfragen oder verbunden mit tatsächlicher Abweichung) ist möglich, wenn auch nur ein als Handlungselement in Betracht kommender Tatumstand gemeinsam ist;[4]) so kann z. B. ein „Mord" als eine Körperverletzung mit Todesfolge angesehen werden, eine „Unterschlagung" als Betrug oder Diebstahl; ja sogar eine Übertretung kann als ein schweres Verbrechen sich darstellen.[5]) Und umgekehrt. Dahin gehören auch die viel besprochenen „Tatfolgen".[5]) Ebenso steht es im Falle der idealen Konkurrenz.[5]) [6])

Wird auch nur ein Einzelfall (a) in Anklage und Eröffnungsbeschluß bezeichnet, so ist damit alles, was mit ihm zusammen die Tateinheit bildet,[7]) Sachurteilssollgegenstand geworden. Nicht aber kann das Gericht eine Tateinheit aburteilen, wenn der gerade bezeichnete Einzelfall seiner Überzeugung nach nicht vorliegt oder strafrechtlich belanglos ist, andere strafbare, aber nicht bezeichnete Einzelfälle (b c d) hingegen für vorliegend erachtet werden, und zwar weder eine Tateinheit a b c d — das ist selbstverständlich — noch eine Tateinheit b c d (denn diese hätte mit der bezeichneten Tat kein Handlungselement gemeinsam). In einem solchen Falle wäre Freisprechung geboten hinsichtlich a, Verurteilung hinsichtlich

[3]) Unrichtig namentl. die Urteile des Reichsgerichts: RGSt. 8 S. 135; 21 S. 78 ff. (Freisprechung von der Anklage der unterlassenen Anzeige eines bevorstehenden Mordes bedeute Verbrauch der Strafklage wegen Anstiftung zu diesem Morde); dagegen bes. Binding, Abhandl. 2, S. 333/34.

[4]) Nicht erforderlich ist, wie eine verbreitete und auch von Binding a. a. O. S. 333 vertretene Ansicht annimmt, Festhaltung der ursprünglichen Deliktsgattung.

[5]) Freilich mit der oben § 9 genannten Einschränkung.

[6]) Zum Teil — auch schon für das geltende Recht — dagegen bes. Binding (veranlaßt durch seine Auffassung vom Wesen der Idealkonkurrenz).

[7]) S. bes. Beling, Archiv für Militärrecht 2, S. 343 ff. und Doerr, Das fortgesetzte Delikt S. 225 ff.

der Tateinheit b c d nur unter der Voraussetzung des § 266 StPO. Ebenso stünde hier, falls über a ein rechtskräftiges Urteil ergangen ist[8]) — gleichgültig ob freisprechend oder verurteilend —, einer Verfolgung wegen der Einheit b c d das ne bis in idem nicht im Wege;[9]) es kommt lediglich darauf an, daß jetzt erkannt wird, daß a einerseits und b c d andererseits keine Tateinheit bilden, und daß früher nur a Sachurteilssollgegenstand war und dieser Sachurteilssollgegenstand nicht überschritten worden ist; andernfalls tritt die fehlerheilende Wirkung der materiellen Rechtskraft ein. Zu anderem Ergebnis würde man gelangen, wollte man der „materiellen" Rechtskraft gestaltenden Einfluß auf das materiellrechtliche Verhältnis zwischen Staat und Täter einräumen; dann wäre die Ansicht des früher urteilenden Gerichts bindend für die nunmehr zu bildende Tateinheit: a müßte, falls das früher urteilende Gericht es z. B. als Verbrechen des Diebstahls abgeurteilt hatte, auch jetzt unter allen Umständen als solches angesehen werden, und der Staatsanwalt, der erwägt, ob Verfolgung wegen der Tateinheit b c d angängig ist, müßte, obgleich er a, weil strafrechtlich belanglos, für nicht zur Einheit b c d gehörig erachtet, prüfen, ob nicht a, so wie das frühere Gericht es angesehen hat, mit b c d eine Einheit bilden würde, deren Verfolgung dann das ne bis in idem im Wege stehen würde. Ebenso kann auch eine nochmalige Verfolgung stattfinden, wenn ein früher urteilendes Gericht eine „Tateinheit" a b c abgeurteilt hat und auch d e zu dieser Einheit gerechnet hätte, wenn diese ihm bekannt gewesen wäre, man jetzt aber erkennt, daß a b c d e in realer Konkurrenz stehen, und zwar eine Verfolgung wegen d und e.[10])

[8]) Vgl. Doerr, a. a. O. S. 216 ff., bes. S. 220 ff.

[9]) Oftmals anders das Reichsgericht.

[10]) Der hier vertretene Standpunkt mag vielleicht etwas formalistisch erscheinen. Der entgegengesetzte Standpunkt ist der Eichhorns, a. a. O. S. 434: „. . . auch hier erscheint die eine oder die andere Auffassung zulässig (Einzelfälle eines einheitlichen Delikts oder Mehrheit von selbständigen Vergehen), je nachdem man Milde walten zu lassen oder strenge zu strafen geneigt ist . . .". In Literatur und Rechtsprechung werden meist andere Auffassungen als die hier vertretene angegeben. Der Verurteilung wegen eines Kollektivdelikts wird oft, auch vom Reichsgericht, eine weiter reichende Wirkung beigelegt, als der Freisprechung. S. darüber bes. Bocksh ammer, a. a. O. S. 36 ff. Binding, Abhandl. 2 S. 342; Löwe S. 365 ff.; v. Kries, Lehrb. S. 600; Doerr, Das fortgesetzte Delikt, S. 216 ff. und Anm.

Was endlich die Annahme von Anstiftung oder Beihilfe, Täterschaft oder Mittäterschaft anlangt, so kann keineswegs gesagt [11]) werden, daß immer Identität der Tat gegeben ist. Zwischen Anstiftung und Haupttat wird in der Regel keine Identität bestehen, denn die Ausführungshandlung kann erst beginnen, nachdem die Anstiftung bereits vollendet ist (hier ist kein einziger als Handlungselement in Betracht kommender Tatumstand gemeinsam). Identität wäre gegeben, wenn z. B. die „Anstiftung" sich als mittelbare Täterschaft herausstellt; in folgendem Falle gelangt man sicherlich nicht zur Annahme der Identität (bei Anwendung der oben gegebenen Formel für die Identität des dem Gericht aufgegebenen Gegenstandes mit dem Sachurteilssollgegenstand): erstens: A hat am 12. August an einem bestimmten Orte einen Einbruch begangen; zweitens: nicht A ist es, der den Einbruch begangen hat, sondern sein Bruder B; A hat diesem aber am 3. August eine genaue Beschreibung der Örtlichkeit und auch Ratschläge erteilt.

Wie oben ausgeführt worden ist, liegt nicht überall dort, wo eine Einheit des materiellen Rechts gegeben ist, auch eine Einheit im Sinne des Strafprozeßrechts vor. Vielmehr kann eine Einheit im ersteren Sinne eine Mehrheit von prozessualen Einheiten enthalten. Dann ist nicht die materielle Einheit für die Zulässigkeit der „Klageänderung" und die Zulässigkeit einer abermaligen Strafverfolgung maßgebend, sondern eben die strafprozessuale Einheit. Bei Mehrheit von strafprozessualen Einheiten ist Identität der Tat nicht gegeben, mögen diese mehreren Einheiten auch „eine Handlung" im Sinne des materiellen Strafrechts bilden. Aber — und darauf ist besonderes Gewicht zu legen — die materielle Einheit stellt sich nicht nur dann als eine Mehrheit von prozessualen Einheiten dar, wenn prozeßrechtliche Hindernisse [12]) gegeben sind, z. B.

[11]) Wie stets geschieht.

[12]) S. o. § 9 und Anm. 12 dass.; vergl. die Entscheidungen d. Reichsgerichts: RGSt. 32 S. 57; 33 S. 405; 21 S. 78; 37 S. 88; 46 S. 363; 52 S. 241; 56 S. 166ff.: „Der allgemeine Grundsatz erleidet eine Einschränkung dann, wenn in dem früheren Verfahren die Verfolgbarkeit der Tat nach einer bestimmten rechtlichen Richtung — z. B. wegen fehlender Gerichtsbarkeit oder wegen besonderer Vorschriften des Auslieferungsrechts — ausgeschlossen war. Die Wirkung des Verbrauchs der Strafklage erstreckt sich nicht auf die Seiten der Tat, die von dem rechtlichen Hindernisse der Verfolgung betroffen waren. Insoweit ist ein neues Strafverfahren nicht ausgeschlossen." Eine Schwierigkeit besteht für das zweite

Mangel eines Strafantrages,[13]) sondern auch dann, wenn die Annahme jener Tatumstände, welche mit den in Anklage und Eröffnungsbeschluß genannten, bzw. den im Urteil abgeurteilten eine materiell rechtliche Einheit bilden, ganz fern liegt und man, ohne dem Richter Unmögliches zur Pflicht zu machen, nicht verlangen kann, daß er auch auf diese Umstände seine forschende Tätigkeit erstrecke.[14]) Gerade diese Fälle sind es, welche so oft in der Literatur und in der Rechtsprechung der unteren Gerichte Anstoß erregen. Man hat eben die prozessuale Einheit Tat von der materiellrechtlichen Einheit Handlung zu unterscheiden.

§ 12. Schlußwort.

Der Rechtssatz: ne bis in idem wird oft als eine Regel der aequitas, der Billigkeit aufgefaßt, eine „schwächliche überlieferte

---

Verfahren hinsichtlich der Festsetzung der Strafe. Vergl. RGSt. 56 S. 167: „Wenn infolge einer besonderen Gestaltung des Verfahrens, wie sie hier vorliegt, verschiedene Gerichte in getrennten Rechtsgängen nacheinander wegen derselben Tat gegen einen Angeklagten vorgehen und deshalb eine unmittelbare Anwendung des § 73 StGB. nicht möglich erscheint, so hat doch der Grundgedanke des § 73 StGB. auch in solchen Fällen bei der Straffestsetzung zur Geltung zu kommen." Vergl. a. RGSt. 49 S. 272; 50 S. 237; 52 S. 183. Bedenklich ist folgendes (RGSt. 56 S. 167/68): „kommt das Gesetz der schwersten Strafdrohung erst bei der zweiten Verurteilung zur Anwendung und wird eine höhere Strafe für angemessen erachtet, so ist daneben die bei der Berücksichtigung des § 73 StGB. ausscheidende Strafe aus dem im früheren Urteil angewendeten Strafgesetz als wegfallend zu bezeichnen, da sie mit dem Grundsatze des § 73 StGB. in Widerspruch steht."; bedenklich, denn hier wird auf ein materiell rechtskräftiges Urteil verändernd eingewirkt. Doch der offenbare Widerspruch, der eben hier vorliegt, kann wohl nur, wie das Reichsgericht mit Recht annimmt, zugunsten des § 73 StGB. gelöst werden. In der Literatur sind die Meinungen geteilt. Vergl. Löwe 363 ff. und die dort Zitierten.

[13]) S. o. § 9 Anm. 12; auf die Verwicklung, welche bei Vorhandensein mehrerer Antragsberechtigter eintritt, kann hier nicht eingegangen werden, denn dabei steht weniger das Problem der Identität selbst als die Frage der materiellen Rechtskraft (die „relative Rechtskraft" — Ben.-Beling S. 406) zur Erörterung. Eine klagekonsumierende Wirkung materiell rechtskräftiger Entscheidungen über ein Offizialdelikt, das in idealer Konkurrenz mit einem Antragsdelikt steht, ließe sich nur aus der Billigkeit begründen; doch dürfte eine solche Begründung ein Zuviel an Zartgefühl für den Verurteilten bedeuten. S. a. Binding, Abhandl. 2, S. 322 ff.

[14]) Vergl. o. § 9 und Anmerkung 17 ff. daselbst.

Sentimentalität gegenüber dem Delinquenten".[1]) Mögen Billigkeitserwägungen zu dem Satze ne bis in idem geführt haben, in der Gestalt, in welcher er heute gilt, kann die Billigkeit nicht als Zweck der materiellen Rechtskraft anerkannt werden. Denn die Wirkung des ne bis in idem tritt sowohl zugunsten, wie auch zuungunsten des Verurteilten ein. Wenn praktisch in den meisten Fällen der Verurteilte aus dieser Wirkung der materiellen Rechtskraft meist Vorteil ziehen wird, so hat dies seinen Grund nicht in der materiellen Rechtskraft, sondern vielmehr darin, daß die materiell rechtskräftigen Urteile, deren rechtliche Fehlerhaftigkeit sich später herausstellt, meist zu milde für den Verurteilten ausgefallen sind, was wiederum seine Rechtfertigung in dem Grundgedanken des Satzes: in dubio pro reo findet. Aber auch die Erwägung, „daß die Autorität der Rechtsprechung und mit ihr die Autorität der Rechtsordnung und nicht minder die Rechtssicherheit Schaden leiden müßten, wenn fort und fort eine Erneuerung der Prozedur möglich wäre",[2]) oder der „Grundsatz der Einmaligkeit definitiver Staatsaktion" und der „der möglichsten Übereinstimmung der Staatsakte",[3]) kann wohl nicht geradezu als Rechtfertigung der materiellen Rechtskraft angesehen werden; wohl kann „die ganze Anerkennung der Rechtskraftwirkung des Urteils" als „weiter gar nichts", „als ein Anwendungsfall des großen staatsrechtlichen Grundsatzes der Einmaligkeit definitiver Staatsaktion"[4]) aufgefaßt werden. Denn die Autorität des Staates leidet durch jeden Widerspruch der in der Rechtsprechung entsteht. Das Ansehen einer Entscheidung im Publikum wird kaum dadurch wesentlich wachsen, daß die Rechtsmittelfrist verstrichen ist; auch die Umstoßung einer Entscheidung im Wege der Rechtsmittel bedeutet einen Schaden, den die Autorität der Rechtsprechung erleidet. Man denke auch an den Fall, „daß A von der Anklage der Täterschaft am Morde freigesprochen wurde und B später wegen Anstiftung dieses Frei-

[1]) Binding, Abhandl. 2, S. 337; vergl. a. Beling in Holtz.-Kohlers Enz. S. 164.

[2]) Beling, a. a. O., S. 164.

[3]) Binding, a. a. O., S. 305; letzteres wohl nur im Interesse des ersteren, die Einmaligkeit definitiver Staatsaktion und die möglichste Übereinstimmung der Staatsakte im Interesse der Autorität der Rechtsprechung und mit ihr dem der Rechtsordnung.

[4]) Binding, a. a. O., S. 316.

gesprochenen zum Morde Verurteilung fand".[5]) Hier erleidet die Autorität der Rechtsprechung durch die Rechtskraft der ersten Entscheidung mehr Schaden, als wenn für solche Fälle „die obligatorische Wiederaufnahme beider Prozesse und ihre Verbindung zu einem Wiederaufnahmeverfahren",[6]) in welchem der Widerspruch beseitigt werden müßte, vorgeschrieben wäre, die materielle Rechtskraft also im Interesse der Autorität der Rechtsprechung eine Durchbrechung erlitte. Man denke auch „an einen Buch- oder Kunsthändler. Wegen Vertriebes irgend eines Schrift- oder Kunstwerkes aus StGB. § 184 Nr. 1 unter Anklage gestellt, aber freigesprochen, weil das Werk kein unzüchtiges sei, verkauft er dieses Buch nach seiner Freisprechung weiter. Er wird wegen dieser neuen Handlung unter Anklage gestellt." „Das Urteil hat ihm gesagt: Du hast mit diesem Vertriebe kein Unrecht getan, tust also auch weiter damit kein Unrecht."[7]) „Das Nebeneinanderstehen dieser Urteile ist ein Hohn auf die Gerechtigkeit."[8]) Es ist ohne weiteres zuzugeben, „daß solche Monstrositäten durch die Grundsätze der Rechtskraft nicht gehindert werden können".[9]) Es zeigt sich also, daß die Wirkung der Rechtskraft einerseits der Autorität der Rechtsprechung schaden kann, und daß das ne bis in idem andererseits v i e l z u e n g i s t, um jeden, der Autorität der Rechtsprechung durch einen Widerspruch in derselben drohenden Schaden zu vermeiden, daß also, sollte der Autorität der Rechtsprechung kein Schaden drohen, an Stelle des ne bis in idem ein Satz gelten müßte, der einerseits enger ist als das ne bis in idem, andererseits aber weit über das ne bis in idem hinausragt. Jedenfalls dürfte aus dem Gesagten sich mit Sicherheit ergeben, daß der Grundgedanke des ne bis in idem, der Zweck der materiellen Rechtskraft, was er auch sein mag, jedenfalls nicht die Grenzen des Umfanges des ne bis in idem zu bestimmen geeignet ist, daß er jedenfalls nicht dazu herangezogen werden kann, um die Reichweite des ne bis in idem, oder auch nur den Begriff der Identität der Tat im geltenden deutschen Strafprozeßrecht zu erkennen, daß er in dieser Hinsicht

---

[5]) Binding, a. a. O. S. 345.
[6]) Binding, a. a. O. S. 354.
[7]) Binding, a. a. O. S. 355; vergl. RGSt. 5, S. 101 ff.
[8]) Binding, a. a. O. S. 354.
[9]) Binding, a. a. O. S. 345.

der Auslegung des geltenden Rechts keinen Dienst zu erweisen vermag.[10]) Wie so viele Rechtseinrichtungen, kann auch das ne bis in idem vielleicht psychologisch gedeutet werden — es stellt sich vielleicht als eine Wirkung eines alles Psychische beherrschenden Trägheitsgesetzes letzten Endes dar —, ohne daß es möglich wäre, einen logischen Zweck, dem es, so wie es heute gilt, in jeder Hinsicht gerecht würde, aufzufinden.

Was die Stellung des Problems der Identität der Tat anlangt, ist zu bemerken, daß es lediglich dem Prozeßrecht angehört,[11]) daß aber durch den Rechtsanwendungsimperativ ein inniger Zusammenhang zwischen den beiden Begriffen: Einheit der Handlung im materiell strafrechtlichen Sinne und Einheit der Tat im prozessualen Sinne besteht.

Nachdem versucht worden ist (§ 2 der vorliegenden Darstellung), den Einwand, allgemeine Regeln, nach welchen die Identität der Tat bestimmt werden könnte, ließen sich nicht geben, zurückzuweisen und so die Berechtigung dieser Arbeit darzutun, hat sich (§ 3) gezeigt, daß jedenfalls als „Identität der Tat" im strafprozessualen Sinne Identität des historischen Vorkommnisses nicht in Betracht kommt. Schon die Betrachtung ganz einfacher Beispiele hat ergeben, daß die Identität der Tat im Strafprozeß zu bejahen ist in Fällen, in welchen ein historisches Vorkommnis, welches

---

[10]) Vergl. a. o. § 2 Anm. 1 Abs. 2.

[11]) Dem Grundsatz ne bis in idem wird oft — in Literatur und Rechtsprechung — eine Doppelnatur zugeschrieben; vergl. z. B. Löwe S. 359: „er gehört nicht bloß dem Prozeßrecht, sondern auch dem materiellen Strafrecht an. Er betrifft nicht bloß eine negative Prozeßvoraussetzung . . ., sondern verleiht auch ein materielles Schutzrecht gegen die Verhängung einer zweiten Strafe wegen derselben Straftat". Vergl. a. die dort zitierten Entscheidungen. S. dagegen Ben.-Beling, S. 409; Binding, Abhandl. 2 S. 327: „mit Entschiedenheit ist deshalb der Auffassung des Reichsgerichts entgegenzutreten, diese Wirkung der Rechtskraft sei zugleich materiellrechtlicher Natur, und zwar eine Anwendung des grundlegenden Satzes des Strafrechts, daß die Schuld durch die Strafe getilgt werde, und daß deshalb für dieselbe Straftat nur eine Strafe verhängt werden dürfe. Dem liegt eine sehr schwere Verwechslung zu Grunde. Der Grundsatz: „ein Verbrechen nur eine Strafe" heischt, daß nach voller Verbüßung (nicht Zuerkennung) der einen Strafe eine zweite keine Anwendung finden darf. Er hat mit der prozessualen Klagenkonsumtion gar nichts zu tun, und könnte auch in einem Staate gelten, dessen Recht diese Konsumtion nicht anerkennen wollte."

als „Tat“ in Betracht käme, gar nicht gegeben ist (die Tat z. B. frei erfunden worden ist). Aber auch Identität eines hypothetisch angenommenen Vorkommnisses,[12]) kann, wie die weitere Betrachtung ergeben hat, als „Identität der Tat“ im strafprozessualen Sinne nicht in Frage kommen, und zwar deshalb nicht, weil der Begriff Vorkommnis, ähnlich wie der Begriff Zeitabschnitt, kein Kriterium für die Abgrenzung der Einheiten der von diesem Begriff gemeinten Gegenstände, der Zielgegenstände dieses Begriffs enthält. Soll man in dem Gegebenen Einheiten finden (deren Identität oder Nichtidentität man erst prüfen kann, nachdem man die Grenzen dieser Einheiten festgelegt hat), so muß man eben schon das Gegebene unter gewissen Gesichtspunkten betrachten. Als solche kommen nun für das Strafprozeßrecht zunächst nur die Verbrechensbegriffe in Betracht; was der Strafrechtsordner als eine Tat ansieht, das ist auch für den Richter, der die Pflicht hat, das materielle Recht anzuwenden, eine Tat. So konnte (nach einigen psychologischen Erörterungen) der Vorstellungsgegenstand Tat bestimmt werden als der Gegenstand einer nach Maßgabe eines oder mehrerer Verbrechensbegriffe umgebildeten Vorstellung von (jetzt erst: Tat-) Umständen. Erst dadurch hatte die vorliegende Untersuchung eine positive Grundlage erhalten. Freilich mußte erkannt werden, daß, damit „Identität der Tat“ im strafprozessualen Sinne gegeben sei, Identität auch des Vorstellungsgegenstandes Tat nicht erforderlich ist, daß vielmehr Identität im ersteren Sinne bejaht wird, obwohl Identität im letzteren Sinne zu verneinen ist, nämlich nicht von Identität eines Vorstellungsgegenstandes Tat, sondern nur von Gemeinsamkeit eines substantivischen (= als Handlungselement in Betracht kommenden) Tatumstandes (= Tatelementes) die Rede sein kann, die beiden Vorstellungsgegenstände: Taten also lediglich ein solches Element gemeinsam haben, in Wahrheit daher ebensowenig identisch sind, als etwa z. B. eine (als eine Gesamtheit von Räumen gedachte) Wohnung identisch ist mit einem der Räume, aus welchen sie zusammengesetzt ist.

---

[12]) Um dessen reale Existenz man sich, solange man bei der Frage der Identität der Tat verweilt, nicht zu kümmern hätte — die Strafprozeßhandlungen gründen sich stets nur auf Vorstellungen von Taten, insbesondere die Handlungen des Richters.

In den §§ 5 ff. wurde das bisherige Ergebnis verwertet auf die Lehre vom Urteilsgegenstand, welcher vom Prozeßgegenstand scharf geschieden wurde. Nachdem versucht worden war, darzutun, daß es im Strafprozeß prozessuale Pflichten gibt, ergab sich, daß es zu eng ist, als Prozeßgegenstand und als Urteilsgegenstand lediglich dasjenige anzusehen, was tatsächlich Gegenstand des Prozesses bzw. des Urteils ist, daß vielmehr auch dasjenige ins Auge zu fassen ist, was Gegenstand des Prozesses bzw. des Urteils sein soll, woraus sich dann die Gegenüberstellung: Sachurteilsistgegenstand und Sachurteilssollgegenstand ergab. Die Betrachtung des Verhältnisses zwischen Anklage und Eröffnungsbeschluß einerseits und Urteil andererseits ergab, daß das Gericht bei der Bildung des Sachurteilsgegenstandes (im extremsten Falle) mindestens an einem in Anklage und Eröffnungsbeschluß gemeinsam ausdrücklich bezeichneten, als Handlungselement in Betracht kommenden Tatumstande festhalten muß und daß es dann alle jene Umstände, welche zusammen mit diesem mindestens einen substantivischen Tatumstande eine Einheit im strafprozessualen Sinne bilden, zum Sachurteilsgegenstand zu machen hat (Sachurteilssollgegenstand). Die prozessuale Einheit Tat aber wird aufgebaut nach der materiell strafrechtlichen Einheit Tat, auf welche der Rechtsanwendungsimperativ hinweist (daher muß der Richter dasjenige als eine Tat ansehen, was auch eine Tat im Sinne des Strafrechtsordners ist); von der materiellen Einheit aber können spezielle Strafprozeßrechtssätze nun einzelne Elemente gleichsam abbauen, indem sie dem Richter „rechtliche Hindernisse“ auferlegen, d. h. ihn anweisen, bei Vorliegen irgendwelcher, in dem Gebiete des Strafprozeßrechts liegender Voraussetzungen seinen Gesichtskreis enger zu fassen, als der Strafrechtsordner es tut. Eine weitere Einengung erfährt die prozessuale Einheit Tat gegenüber der materiell strafrechtlichen Einheit durch den Umstand, daß dem Richter nicht Unmögliches zur Pflicht gemacht werden kann; diejenigen Tatumstände, auf welche, mögen sie auch zur materiellen Einheit gehören, selbst der sorgfältigste Richter aus den ihm bekannten Umständen nicht hätte schließen können, gehören nicht mehr zum Sachurteilssollgegenstand. Daß dadurch die prozessuale Einheit nicht mehr etwas rein Objektives ist, darf nicht befremden; das liegt im Wesen des Strafprozesses.

Als identisch (Identität der Tat im strafprozessualen Sinne) im Verhältnis zwischen Anklage und Eröffnungsbeschluß einerseits und einer materiell rechtskräftigen Entscheidung andererseits erwies sich dann der dem Gericht durch Anklage und Eröffnungsbeschluß aufgegebene Gegenstand: Tat (er ist verschieden von den in diesen prozessualen Erklärungen ausdrücklich bezeichneten Gegenständen: Taten) mit dem Sachurteilssollgegenstand: Tat, und zwar als identisch im strengen Sinne des Wortes. Es ist nicht etwa selbstverständlich und daher überflüssig, von einer Identität der Tat in diesem Sinne zu sprechen: dieser Gegenstand wird von zwei Seiten betrachtet: die Anklage und der Eröffnungsbeschluß geben ihn dem Gericht auf und dieses soll ihn im Urteil erfassen. Praktisch bedeutsam ist diese Feststellung des Begriffes der Identität der Tat im strafprozessualen Sinne im Verhältnis zwischen Anklage und Eröffnungsbeschluß einerseits und Urteil andererseits freilich nicht; praktisch bedeutsam ist nur die Bestimmung der Art und Weise, in welcher das Gericht den Sachurteilsgegenstand zu bilden hat; und dafür ist — um es nochmals zu wiederholen — wesentlich: Identität des Gegenstandes, welchen die Anklage, des Gegenstandes, welchen der Eröffnungsbeschluß ausdrücklich bezeichnet und des Gegenstandes des Sachurteils ist keineswegs erforderlich; es genügt vielmehr, wenn (im extremsten Falle) mindestens ein substantivischer, d. h. als Handlungselement in Betracht kommender Tatumstand diesen drei Gegenständen gemeinsam, also identisch ist.

Für das Verhältnis zwischen einer materiell rechtskräftigen Entscheidung einerseits und einer abermaligen Strafverfolgung andererseits erfuhr dann der bisher bestimmte Begriff der Identität der Tat im strafprozessualen Sinne einige, sich aus dem Wesen der „fehlerheilenden" materiellen Rechtskraft ergebende Modifikation: hier ist nicht identisch (oder braucht wenigstens nicht identisch zu sein) der Sachurteilssollgegenstand, welcher dem früheren Verfahren aufgegeben war,[13]) mit derjenigen prozessualen Einheit, welche oder deren Teile das nunmehr in Frage stehende Verfahren zum Gegenstand hätte, sondern vielmehr: dasjenige, was für das

[13]) Es ist denkbar, daß dem ersten Verfahren überhaupt kein Sachurteilsgegenstand aufgegeben war, weil es z. B. an einer Sachurteilsvoraussetzung gefehlt hatte.

frühere Verfahren Sachurteilssollgegenstand gewesen wäre, wenn man von dem Fehler, welcher dem ersten Gericht unterlaufen ist, absieht, ist identisch mit derjenigen prozessualen Einheit, welche oder deren Teile das nunmehr in Frage stehende Verfahren zum Gegenstand hätte.

Was in den §§ 9 und 10 als identisch bezeichnet worden ist, die Tat im prozessualen Sinne, ist identisch im strengen Sinne; und es gibt keine Identität der Tat mit Ausnahmen, sondern eben nur eine uneingeschränkte Identität der Tat im prozessualen Sinne; die prozessuale Einheit Tat kann enger sein als die materiellrechtliche Einheit. Das Ziel, welches diese Arbeit sich setzte, war die Bestimmung des Begriffes: Identität der Tat im strafprozessualen Sinne; einzelne Fälle sollten nur dazu dienen, diesen Begriff abzuleiten, oder zu prüfen, ob er zutrifft.

Es könnte wunderlich erscheinen, daß Identität der Tat, wenn man das Verhältnis zwischen Anklage und Eröffnungsbeschluß einerseits und dem Urteil andererseits im Auge hat, sich nicht völlig deckt mit Identität der Tat, wenn man das Verhältnis zwischen einer rechtskräftigen Entscheidung einerseits und einer neuen Strafverfolgung andererseits betrachtet. Der Begriff: Identität der Tat ist eben, wie so mancher andere Rechtsbegriff, kein völlig eindeutiger.

Druck von J. H. Burmeister, Liegnitz.